

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

REMARQUES
SUR LA
NATURE CONTRACTUELLE
DU MARIAGE

ESSAI DE LOGIQUE JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Samedi 27 Janvier, à 1 h. 1/2.

PAR

JACQUES DURAND

PROFESSEUR DE PHILOSOPHIE AU COLLÈGE D'ÉPINAL.

Président : M. PLANIOL, professeur.

Suffragants { MM. LEFEBVRE, professeur.
BARTIN, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1917

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

REMARQUES
SUR LA
NATURE CONTRACTUELLE
DU MARIAGE

ESSAI DE LOGIQUE JURIDIQUE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le Samedi 27 Janvier, à 1 h. 1/2.



PAR

JACQUES DURAND

PROFESSEUR DE PHILOSOPHIE AU COLLÈGE D'ÉPINAL.

Président : M. PLANIOL, professeur.

Suffragants { MM. LEFEBVRE, professeur.
BARTIN, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT & DE JURISPRUDENCE

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1917

CHAPITRE PREMIER

REMARQUES SUR LA QUESTION DE LA NATURE CONTRACTUELLE DU MARIAGE

Le mariage est-il un contrat ? Cette question peut être posée de plusieurs points de vue différents, et par là même prendre plusieurs significations différentes. Historiquement on peut se demander de quelle façon à une époque déterminée, soit dans le passé, soit dans le présent, l'opinion juridique considère le mariage, s'il est regardé, s'il n'est pas regardé par elle comme un contrat. Et cette question se trouve résolue dans la mesure où l'opinion cherchée se dégage des divers témoignages dont dispose l'historien du Droit. Mais on peut également étudier, non plus l'opinion de certains hommes sur la nature contractuelle du mariage, mais cette nature en elle-même ; chercher, non pas si l'on a cru, si l'on croit le mariage un contrat, mais s'il en est, s'il en doit être un. Et c'est là le point de vue juridique proprement dit. Les deux problèmes sont

d'ailleurs bien distincts l'un de l'autre. Notamment le juriste théoricien ne peut trouver dans l'histoire du Droit que des présomptions d'erreur ou de vérité, résultant de la persistance ou du flottement d'une opinion, du nombre et de la qualité des suffrages qu'elle réunit, toutes présomptions qui ne sauraient déterminer une solution de Droit (1). C'est la dernière attitude proprement juridique que nous adopterons ici.

Mais, tandis que le problème historique de la nature contractuelle du mariage est aussi facile à formuler qu'il est malaisé souvent à résoudre, la seule position du problème de la nature contractuelle du mariage constitue une difficulté. Dans le premier cas, certains hommes ayant manifesté leur opinion sur le sujet par certains monuments, il s'agit de retrouver par ces monuments leur opinion : on peut ne pas réussir, on sait ce que l'on cherche (2). Au contraire quand on se demande si le mariage est ou non un contrat, la difficulté, c'est moins d'abord de répondre affirmativement ou négative-

1. Cpr. Lefebvre, *Le Mariage civil n'est-il qu'un contrat ?* (Larose, 1902), pp. 8-9.

2. Réserve faite de ce qu'il y a de nécessairement arbitraire dans les analyses préalables d'où résulte la détermination d'un problème historique, et par suite de ce qu'il peut y avoir d'embarrassant à en fixer les limites.

ment que de savoir quels genres de raisons doivent déterminer une réponse quelconque ; *moins de trouver une solution qui convienne à la question que de trouver la question qui convienne à la solution*. Aussi croyons-nous qu'il n'est pas inutile, avant de discuter si le mariage est un contrat, de se demander sur quoi proprement l'on discute. L'obscurité théorique extrême de la question jointe à la multiplicité des solutions, est un signe non équivoque de la nécessité d'une enquête méthodologique de ce genre. Il est peut-être légitime — nous ne préjugeons rien — que les esprits ne s'entendent point sur le problème de la nature contractuelle du mariage ; au moins faudrait-il qu'ils s'entendent sur leur désaccord.

Quels motifs, soit théoriques, soit pratiques, peut-on donc avoir de dire que le mariage est ou non un contrat, et par là même que signifient ces formules et quel en est l'intérêt ? C'est ce que nous allons essayer de découvrir.

I

A la vérité, les notions de mariage et de contrat ayant l'une et l'autre une signification déterminée, il semble que la question de la nature contractuelle du mariage puisse se régler par la simple comparaison logique de ces deux notions, aboutissant à un

rapport d'inclusion ou d'exclusion, donc à une solution affirmative ou négative. La difficulté vient de ce que l'une de ces deux notions, au moins, celle de contrat, possède dans notre droit actuel plusieurs significations distinctes, quoique voisines, dont les unes conviennent à la notion de mariage et les autres point. De telle sorte que le mariage est ou non un contrat selon le sens du choix que l'on fait parmi les diverses acceptions du terme « contrat ». Mais ce sens, quel qu'il soit, ne s'impose pas en vertu d'une nécessité logique formelle, toute idée de contrat étant logiquement acceptable qui n'est pas indéterminée ni contradictoire ; et des considérations d'un autre ordre doivent donc intervenir ici. Ainsi, restreint-on l'objet de tout contrat aux choses proprement dites (1) ? Le mariage ne sera point un contrat. Etend-on cet objet aux personnes ? Le mariage pourra constituer un contrat. Estime-t-on que le contrat doit impliquer la liberté des parties dans la détermination de leurs obligations (2) ? Le mariage actuel ne sera point un contrat. Soutient-on que la simple acceptation des obligations par les parties suffit en matière contractuelle ? Le mariage pourra constituer un contrat. Tout dépend donc de

1. V. Code civil, art. 1128, et *infra*, ch. II, pp. 20 et sqq.

2. V. Lefebvre, *op. cit.*, n° 16, pp. 28-29.

la définition que l'on se donne du contrat, soit comme libre accord de volontés s'appliquant à des choses, soit comme accord de volontés dans lequel les parties ont à régler elles-mêmes leurs obligations et leurs droits, soit plus généralement comme un accord quelconque de volontés produisant des obligations. Or aucune de ces formules n'est contradictoire, non plus qu'indéterminée en Droit civil : notamment faire entrer dans les contrats toutes les obligations précédées de consentement, c'est encore en exclure les obligations non acceptées, les engagements proprement dits (1), c'est déjà distinguer et limiter, *définir* les obligations contractuelles. On ne peut donc imposer d'abord aucune de ces notions de contrat au nom de la raison, de la logique, et puisqu'il n'y a aucun motif logique de donner au mot « contrat » tel sens plutôt que tel autre, la question posée dans le pur abstrait tournerait vite en pure question de vocabulaire. Il faut, pour la vivifier, procéder autrement et d'une façon moins aisée.

Or il semble qu'aux différentes époques ce qui détermine, tant dans leur compréhension que dans leur extension, les grandes notions juridiques comme celle de contrat, ce soient surtout les tendances et

1. Cpr. Rubriques du T. III et du T. IV du L. III du C. civ.

les sentiments du moment, la nature des conceptions admises sur les rapports des hommes entre eux et avec les choses, sur la dignité humaine, etc..., bref des raisons et des préférences d'ordre moral (1). L'évolution moderne de la notion de contrat dans le sens d'une extension sans cesse croissante s'explique essentiellement par l'évolution morale parallèle des esprits vers un idéal de société où la liberté individuelle, sauvegardée par le consentement, deviendrait la règle générale, et par leur besoin de le réaliser. Les pacifiques conquêtes de la théorie contractuelle représentent le pendant juridique des victoires contemporaines de la démocratie. Et c'est ainsi qu'un état d'esprit particulier arrive à déterminer la notion juridique de contrat que la raison abstraite laisserait flottante dans ses cadres vides (2). — De même les attitudes diverses

1. Cf. Tarde, *Les lois de l'imitation* (Alcan, 2^e éd.), p. 157.

2. Bien des influences, et des plus contingentes, peuvent influencer, nous ne l'oublions pas, sur la texture d'une notion juridique même théorique et générale. La notion de contrat n'a-t-elle pas éprouvé, sous l'ancien régime, le contre-coup des efforts faits par les civilistes pour assurer au roi de France la souveraineté (a) ? Mais il reste vrai, croyons-nous, que les grandes notions juridiques portent *essentiellement* dans leur formule l'empreinte des tendances morales dominantes de l'époque qui les produit. Et nous ne parlons qu'en général.

(a) Lefebvre, *op. cit.*, n. 9, p. 17.

des juristes contemporains vis-à-vis de l'inclusion du mariage et plus généralement des états personnels dans la classe des contrats, s'expliquent au fond par des raisons morales : si les uns font du mariage un contrat, n'est-ce pas en réalité parce qu'ils estiment que la même forme juridique respectueuse de la volonté individuelle qui s'applique en matière de tractations d'intérêts, doit régir les rapports entre personnes, parce qu'ils tendent vers une unification de toutes les relations sociales dans une identique formule de liberté ? Et l'opposition des autres à la théorie du mariage-contrat n'a-t-elle pas sa source vraie dans cette considération sentimentale et morale que les personnes présentent une valeur incomparable, un caractère sacré, qui fait qu'il serait choquant de leur appliquer les formes juridiques qui conviennent aux choses, de mêler sous une même rubrique deux incommensurables moraux ? Cette explication, dira-t-on, n'est qu'une hypothèse. Mais elle se vérifie d'une part, *ab absurdo*, par l'impossibilité où l'on est — nous l'avons montré — de résoudre abstraitement la question de la nature contractuelle du mariage sans faire intervenir comme déterminant un état d'esprit donné, d'autre part, directement, par la concordance générale, tant dans leur forme que dans leur évolution, de la mentalité morale d'un juriste ou d'un peuple et de la

notion d'ensemble qu'ils ont, l'un ou l'autre, du mariage et du contrat.

Cependant les théoriciens du droit ne présentent ordinairement pas leur argumentation juridique comme appuyée sur des raisons morales ; mais bien plutôt ils la posent d'abord comme se suffisant à elle-même, quitte à montrer ensuite qu'elle se trouve concorder avec leurs préférences morales. preuve qu'il leur est toujours facile d'administrer, puisque c'est cette concordance même qui a déterminé leur argumentation. Et d'ailleurs lorsqu'il s'agit de développer une théorie — par exemple la théorie contractuelle du mariage —, les notions premières contestables — en l'espèce celle de contrat — une fois admises, cette attitude peut être légitime parce qu'elle est la plus simple. Mais lorsque, remontant plus haut, on discute sur la consistance même des notions juridiques premières — ce que nous avons été amenés à faire ici pour celle de contrat à propos d'une application contestée de cette notion à l'institution du mariage — il faut bien, pour reconstituer les formes premières juridiques, les dépasser, leur trouver en dehors du Droit lui-même une base par exemple morale. — On le fait du reste, mais on n'en convient pas toujours. Or nous croyons que la meilleure méthode n'est pas ici de voiler les motifs moraux qui nous poussent à admettre telle notion

de contrat à l'exclusion des autres et de tâcher en vain de justifier l'acception choisie, logiquement, en elle-même, mais de reconnaître et d'accepter le fait et de substituer seulement à des choix moraux sans critique un choix raisonné, résultat d'une enquête où les divers motifs moraux qui peuvent nous déterminer dans un sens ou un autre soient méthodiquement invoqués. Nous ne nierons donc pas que la notion de contrat ne dépende finalement de nos sentiments, que ce ne soient eux qui la modèlent ; mais, reconnaissant qu'il en est ainsi, nous nous demanderons au contraire quelles raisons morales militent en faveur du sens large de l'idée de « contrat », et quelles, en faveur de son sens étroit. Et c'est après cette confrontation de motifs et en vertu de cette confrontation même que nous déciderons entre les deux significations. La question de la détermination du vrai sens du mot « contrat », et par là celle de la nature contractuelle du mariage, se posent donc à peu près de la façon suivante : Quelle est, après enquête loyale et complète sur nos tendances et nos conceptions morales, le sens du mot « contrat » qui cadre le mieux avec nos préférences et notre idéal ? Celui-là sera le vrai.

On voit par là que des problèmes de droit théorique, comme ceux de la notion de contrat ou du caractère contractuel du mariage, ne sont pas de

vaines questions d'école, et les disputes qu'ils soulèvent de simples logomachies. Le véritable sens de ces recherches nous en révèle l'intérêt réel. Il n'est nullement frivole de débattre sur la notion générale de contrat, même en dehors de toute application, si la définition que l'on choisit implique un état d'esprit bien déterminé, exprime une phase originale de la pensée juridique des hommes. On a dit que le progrès des sciences de la nature se traduit dans les définitions qu'elles élaborent ; on le dirait aussi justement des sciences juridiques. Ainsi la conception moderne, insoupçonnée des Anciens, du contrat comme un accord de volontés produisant des obligations quelconque, avec la large unification de Droit qu'elle permet sur le fondement de la liberté, suppose autant de réflexions, d'expériences juridiques fondues en elle qu'en biologie la notion d'évolution implique d'observations et d'hypothèses. Et le premier intérêt de la définition du contrat est d'exprimer, à l'aide de cette définition, une certaine attitude juridique et morale. Si donc on nous dit que les états personnels, comme le mariage, se différenciant beaucoup, par leur organisation de détail, des tractations d'intérêts, il convient, même en admettant qu'ils soient des contrats, d'en faire une catégorie toute spéciale de contrats ; que dès lors il vaut mieux les distinguer complètement de tous

les contrats pour éviter de compliquer inutilement la théorie contractuelle et que d'ailleurs c'est exclure indirectement les états personnels des contrats, tout en les proclamant tels, que de les distinguer très profondément des contrats ordinaires — si l'on nous dit cela (1), que répondrons-nous ? Sans rien préjuger de l'extension contestée de la notion de contrat — car nous ne cherchons pas pour le moment à résoudre cette question mais à montrer l'intérêt qu'il y a à la résoudre — nous répondrons que moralement il peut n'être nullement indifférent de faire des états personnels une catégorie spéciale de contrats ou de les exclure du domaine contractuel. Il est évident qu'un besoin juridique de synthèse générale dans l'idée de libre consentement recevra de l'application de la notion largement entendue de contrat aux états personnels, une satisfaction que lui refuserait la restriction de cette idée aux tractations d'intérêts. Et si les deux arrangements — contrats subdivisés en deux catégories : contrats d'état civil, contrat d'intérêts, d'une part ; contrats et actes de l'état civil de l'autre — sont dans l'abstrait également valables, le plus simple étant seulement peut-être le plus avantageux, en fait cette indifférence, ou même, si l'on veut, cette

1. Lefebvre, *op. cit.*, p. 29, note 2.

considération sceptique de commodité supérieure, s'effacent et doivent s'effacer devant un parti-pris juridique et moral en faveur de l'un ou de l'autre de ces deux arrangements. Non, ces deux constructions juridiques ne reviennent pas au même : il n'a rien moins fallu que le travail des siècles et des bouleversements d'idées et de faits, comme la Révolution française, pour substituer celle-là à celle-ci.

II

Admettons maintenant qu'à la suite d'une enquête du genre de celles que nous venons d'indiquer, on soit arrivé à définir la notion de contrat. Alors, mais alors seulement, de la simple comparaison de cette notion avec celle de mariage résultera nécessairement la preuve soit d'un rapport d'inclusion, soit d'un rapport d'exclusion entre elles. Si c'est un rapport d'exclusion, il sera reconnu que le mariage ne constitue pas un contrat et il n'y aura plus rien à dire sur notre question. Mais si l'on constate au contraire que la notion de contrat est contenue dans celle de mariage, un nouveau problème surgira de cette première solution : celui qui consiste à mettre en accord la notion de contrat et la réglementation du mariage. En effet une formule comme celle-ci : « le mariage est un contrat », si d'une part elle

suppose qu'on a résolu — nous nous sommes efforcés de le montrer — une question préalable de morale juridique, exige d'autre part que l'on insère dans la réglementation juridique, en l'espèce celle du mariage, toutes les dispositions nécessaires pour qu'elle soit respectée par la loi. Car il y aurait évidemment contradiction à poser une formule en général pour la nier ensuite dans les applications. Ainsi la seule nature contractuelle du mariage entraîne comme conséquence nécessaire l'adoption de certaines dispositions juridiques, le rejet de certaines autres. Et voilà en quoi consiste le second et non le moindre intérêt de la question que nous nous sommes posée. *Fondée sur une réalité morale, elle aboutit à une réalité juridique.* Les préférences des hommes d'une époque, enfermées dans telles ou telles formules juridiques, tombent, grâce à ces formules, sous les prises du raisonnement qui de proche en proche, en vertu d'un enchaînement logique, les fait passer jusque dans les dispositions les plus concrètes du Droit (1). Mais comment faut-il s'y prendre pour assurer une juste conformité de la législation positive à une notion juridique abstraite telle que celle de contrat ? C'est là une nouvelle question de logique juridique qui se pose. Nous

1. Cf. *infra*, ch. IV.

voudrions indiquer ici quelles méthodes peuvent permettre de la résoudre.

Le mariage étant un contrat — une espèce du genre contrat — il semble que pour déterminer ce qu'exige la nature contractuelle du mariage, il suffise d'appliquer en la matière la règle très simple qui régit la déduction du genre à l'espèce : ce qui est vrai du genre est vrai de toute espèce contenue en lui. Donc, le mariage étant un contrat, tout ce qui est vrai de tout contrat doit être vrai du mariage.

Or tout ce que nous savons du contrat jusqu'ici par hypothèse, c'est qu'il est une obligation ou un ensemble d'obligations librement consenties. Tout ce que la formule contractuelle du mariage impose à sa réglementation, c'est donc que cette réglementation contienne à la fois consentement et obligation. Mais cela déjà n'est pas, tant s'en faut, négligeable. Par exemple la conception du mariage comme contrat, impliquant obligations juridiques, s'oppose, contrairement à ce qu'on croit assez fréquemment, à la conception du mariage - union libre, si l'on entend par union libre l'union des sexes ne produisant aucune obligation ou seulement des obligations morales non sanctionnées légalement. Il résulte encore de la formule contractuelle du mariage que celui-ci doit être librement consenti

par les futurs conjoints. Truisme juridique, dira-t-on. Sans doute ; mais ce caractère consensuel du mariage, aujourd'hui consacré dans les législations civilisées, n'a pas toujours été, n'est pas partout admis — et parmi les règles de l'institution matrimoniale il en est sans doute peu d'aussi importantes que celle qui introduit dans cette institution le principe de la liberté. Mais ce ne sont pas seulement les termes de la définition du contrat, ce sont encore les règles de la théorie générale des contrats — en admettant qu'il existe une pareille théorie (1) — qui doivent s'appliquer au mariage. Si le mariage est un contrat, ce qui est vrai des contrats en général, de n'importe quel contrat, est nécessairement vrai de lui. Par là, la nature contractuelle du mariage peut acquérir sur sa réglementation une influence d'autant plus considérable que plus nombreuses sont les règles communes à tous les contrats et ainsi les déductions possibles du contrat au mariage.

Mais seules les règles qui s'appliquent à tous les contrats sans exception s'imposent nécessairement *à priori* par déduction au mariage. Une règle contractuelle, même ordinaire, mais non générale, ne doit pas être transposée sans autre raison particulière en matière matrimoniale. La simple déduction

1. Cf. *infra*, pp. 35-36.

garantit bien que ce qui est exact du genre l'est ou doit l'être de l'espèce, mais non que ce qui est vrai d'une espèce du genre le soit d'une autre. De ce que certains contrats et certains contrats seulement, quel que soit d'ailleurs leur nombre, s'éteignent par l'accord des parties contractantes, on ne peut conclure à la légitimité du divorce par consentement mutuel. Pour que le raisonnement fut valable, il faudrait que la règle fut contractuellement universelle : c'est ce qu'on devrait d'abord chercher à prouver et ce qu'il serait peut-être plus difficile à prouver qu'on ne le croit ordinairement (1). — La distinction entre les règles générales à tous les contrats et les règles particulières de certains contrats ou de certaines catégories de contrats nous semble tout à fait naturelle, fondée en pratique comme en raison. Et nous ne pouvons vraiment voir de latinismes d'école (2) dans les restrictions que la nature spéciale des divers contrats impose à la théorie contractuelle d'ensemble. Quelle théorie, quelle classification, quel langage même resterait possible, si la reconnaissance de certaines ressemblances entre plusieurs notions, leur union par-

1. Cf. *infra*, ch. IV.

2. Lefebvre, *op. cit.*, n. 2, p. 8.

tielle dans une notion plus générale devait exclure entre elles les distinctions nécessaires ?

La nature contractuelle du mariage ne saurait donc fournir de fondement suffisant à l'édification d'une réglementation complète de l'institution matrimoniale. Elle imprimera seulement çà et là dans cette réglementation multiple quelques traces qui la révéleront. Il faut renoncer à l'idée chimérique et simpliste de déduire d'une conception quelconque du contrat une organisation totale quelconque d'un contrat particulier, qui précisément, parce qu'elle est celle d'un contrat particulier, dépasse cette notion d'une manière imprévisible *à priori*. Ainsi dans le cas du mariage, des considérations physiologiques, économiques, sociales appropriées, très variables suivant le temps et le lieu et toujours très complexes, doivent nécessairement venir s'ajouter à la forme commune de contrat, de façon à la déterminer dans un sens précis et à la concrétiser, de même pour ainsi dire que les muscles et la chair doivent s'attacher au squelette pour constituer une forme vivante.

Ces restrictions à l'influence de la notion et de la théorie de contrat sur la réglementation du mariage sont seules logiquement valables. En fait il en est d'autres qui contredisent dans la législation positive des déductions d'ailleurs légitimes du contrat au

mariage. Il semble par exemple que les règles relatives aux vices du consentement des parties qu'en raison de leur connexion avec la liberté dans le contrat, on peut regarder comme une pièce essentielle de la théorie contractuelle générale, reçoivent dans notre Code civil une atteinte assez grave lorsqu'il s'agit de l'erreur ou du dol en matière matrimoniale (1). De telles contradictions s'expliquent historiquement par le respect de certaines coutumes en désaccord avec les principes d'autre part admis, quelquefois d'une façon plus modeste par des erreurs ou des oublis. Elles peuvent parfois se justifier formellement, si elles expriment une contradiction morale réelle : je puis vouloir que la notion de contrat s'applique à l'institution matrimoniale, mais seulement jusqu'à un certain point ; ou même vouloir à certains points de vue qu'elle s'applique au mariage et ne le vouloir point à d'autres. Telle fut notamment, sans doute, la mentalité des auteurs du Code civil (2). Dans des cas de ce genre, les hésitations du Droit positif ne font que traduire les hésitations de la pensée juridique morale, de même que le miroir reflète le mouvement de l'objet. Ainsi se trouve rejointe la complexité réelle du Droit, avec ses obscurités, ses lacunes, ses contradictions, sa logique générale que

1. Cf. *infra* ch. IV.

2. Cf. *infra*, ch. IV, par. II.

trouent en maints endroits des illogismes partiels. Il n'en reste pas moins vrai que la raison s'impose ici comme partout en matière de science ou d'action et que le juriste doit s'efforcer de dégager son idéal d'une façon assez nette et assez précise, à mettre assez de clarté et de coordination dans ses sentiments pour qu'ils puissent donner prise à une logique juridique qui se tienne. La mesure où ce résultat est atteint représente la valeur formelle d'une théorie juridique, telle que celle du mariage-contrat, de même que la qualité des idées morales qu'elle systématise en représente la valeur foncière.

Les remarques précédentes nous permettent de comprendre comment se posent et se limitent les questions de la formule et de la théorie du mariage-contrat. Nous allons, à propos de ces deux questions, donner quelques exemples des méthodes ci-dessus indiquées.

CHAPITRE II

REMARQUES SUR LE CARACTÈRE CONTRACTUEL DU MARIAGE

Nous avons vu que cette question : « le mariage est-il un contrat ? » revient à cette autre : « quel est parmi les différents sens juridiques du mot « contrat », dont les uns peuvent s'appliquer au mariage et les autres point, celui qui convient le mieux à nos tendances et à nos croyances morales ? » (1) C'est ce que nous voudrions déterminer en gros maintenant.

Or il est certain que l'opinion juridique actuelle incline plutôt dans l'ensemble à envisager le mariage comme un contrat (2). Mais il y a des dissidents et leurs arguments ne sont certes point négligeables (3). Cette double considération déterminera

1. Cf. *supra*, ch. I, p. 9.

2. Cf. Planiol, *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. I, n. 692, p. 240.

3. Cf. Lefebvre, *op. cit.*, passim.

notre marche. Nous examinerons, à propos des objections que l'on a soulevées contre l'idée du mariage-contrat soit quant à son objet, soit quant à sa consistance, la valeur juridique et morale des tendances auxquelles ces objections s'attaquent et par là même de celles qu'elles expriment.

I

Une première difficulté soulevée contre l'extension de la notion de contrat au mariage vient de l'objet des contrats. On peut raisonner à peu près comme il suit : tout contrat concerne une chose qui fait partie d'un patrimoine ; mais, si le mariage était un contrat, il aurait nécessairement pour objet les personnes mêmes des époux ; or on ne saurait assimiler des personnes à des choses dans le commerce ; et les personnes ne pouvant pas être l'objet de droits contractuels, le mariage n'est pas un contrat, puisque l'objet qu'on serait obligé de lui assigner, s'il en était un, ne saurait être l'objet d'un contrat quelconque (1).

Cette argumentation type repose sur ce postulat qu'il est impossible de réunir dans une même caté-

1. Lefebvre, *op. cit.*, n. 4 (notamment p. 10, note 1). Cpr. C. civ., art. 1128.

gorie juridique les personnes et les choses. Mais ce postulat lui-même n'est pas un postulat logique, mais moral. Nous disons que ce n'est pas un postulat logique, car en logique pure il n'y a pas, il ne saurait y avoir de difficultés à ériger en notion distincte les caractères communs aux actes juridiques qui s'appliquent aux personnes et à ceux qui s'appliquent aux choses. Nous disons qu'il s'agit d'un postulat moral fondé sur l'idée de la valeur exclusive de la personne humaine et de sa dignité propre, étayé par un sentiment d'aversion contre le mercantilisme que semble impliquer la notion du mariage-contrat qui fait songer à la vente ou au louage, aux antiques formes brutales et surannées de l'institution conjugale : ce que l'on n'admet pas au fond c'est qu'une personne humaine puisse devenir l'objet d'un marché — car c'est ainsi qu'on entend plus ou moins implicitement alors le mot « contrat » (1).

Il faut le reconnaître : cette idée de la valeur propre des personnes est une de celles qui s'imposent le plus fortement aux consciences modernes et, par cet intermédiaire, à nos lois. Nous ne songeons nullement à en contester la légitimité ni la puissance. Mais nous voudrions montrer qu'elle ne s'op-

1. Lefebvre, *op. cit.*, n. 6 au début, p. 12.

pose pas à l'existence de contrats ayant pour objet des personnes et signaler par là même certaines confusions assez répandues sur ce point.

Il est certain d'une part que la forme du contrat est de toutes les formes juridiques celle qui sauvegarde le mieux la liberté et par là la dignité du sujet actif (1). Et il apparaît dès lors que si le respect de la volonté individuelle fait admettre cette forme lorsqu'il s'agit de tractations d'intérêt, à plus forte raison l'exige-t-il, du point de vue du sujet contractant, lorsqu'il s'agit des actes juridiques où la personne s'engage elle-même, comme dans le cas du mariage. Aussi les philosophes et sociologues individualistes du XVIII^e siècle, épris de liberté, croyaient-ils avoir assez justifié les contraintes que la société impose à l'homme, lorsqu'ils les avaient ramenées à la forme contractuelle, à un « contrat civil » (2) réel ou supposé. Les applications contemporaines de la fiction de quasi-contrat (3) satisfont sous une autre forme le même besoin de trouver une origine contractuelle à l'autorité des lois. C'est encore sans doute, pour une bonne part au moins, un identique souci de la liberté des personnes dans un des actes qui les concernent le plus immédiate-

1. Cf. Lefebvre, *op. cit.*, p. 37, n. 22.

2. Cf. J.-J. Rousseau, *Contrat Social*, l. I, ch. I.

3. Cpr. Planiol, *op. cit.*, t. II, n. 811-812.

ment, qui a dicté aux Constituants de 1791, la fameuse formule que « la loi ne considère le mariage que comme *contrat civil* ». De ce point de vue, le caractère personnel de l'objet du mariage, bien loin d'exclure l'institution conjugale de la catégorie contractuelle, constituerait bien plutôt une raison des plus péremptoires pour l'y faire entrer.

Reste cette objection fondamentale que tourner les actes de l'état-civil en forme de contrats revient à confondre dans l'unité d'un même *objet* les personnes et les choses. Mais il est à peine besoin de faire remarquer qu'il n'y a pas là confusion réelle, mais simple rapprochement, et que ce rapprochement est tout partiel et abstrait, ne s'étend pas plus loin que les limites de la notion générale de contrat, n'implique donc aucun autre caractère commun entre les hommes et les choses que celui-là même, à savoir que les uns et les autres sont objets de contrat. Or si la forme contractuelle est celle qui d'autre part se concilie le mieux avec le respect de la dignité humaine, on ne comprend pas pourquoi le fait que cette forme s'applique à d'autres objets en même temps qu'à l'homme, lui ferait perdre sa valeur morale propre, lorsqu'elle s'applique à lui. L'association d'idées qui a pu se créer dans les esprits entre le mépris de la personne humaine et le caractère contractuel des actes qui la concernent

tient surtout à des causes historiques assez contingentes. Il s'est trouvé que certains contrats, comme la vente et le louage, appliqués aux personnes, étaient avilissants pour elles, non pas, remarquons-le bien, par suite de leur caractère contractuel mais à cause de la réglementation particulière qui s'y ajoutait. On en a conclu parfois que les contrats en général ne doivent pas être appliqués aux personnes (1), confondant, ainsi, l'espèce avec le genre, un contrat particulier comme l'esclavage avec le type abstrait du contrat. Du reste cette confusion se justifie presque aux époques de transition brusque, de révolution, telles que l'époque de notre législation intermédiaire : c'est qu'alors il s'agit moins de distinguer et de préciser les idées que de proclamer des principes, de les jeter dans la mêlée en formules intransigeantes et par là même mal limitées. Mais veut-on raisonner ? Il faut bien reconnaître ce qu'il y a d'inexact dans les approximations nécessaires du début.

De l'objection que nous venons d'examiner ce qu'il faut retenir simplement, c'est qu'eu égard à la nature propre de leurs objets, les contrats sur les personnes doivent être entourés de garanties spéciales qu'ignorent nécessairement les contrats

1. Cf. Lefebvre, *op. cit.*, n. 17 et n. 22, pp. 38-39.

sur les choses. Ainsi, dans notre Code civil, — conformément à l'adage exposé par Rousseau au cours d'une théorie contractuelle — que chacun ne peut vouloir que son bien (1), les personnes objets de contrats y sont en même temps parties, de sorte qu'acceptant les obligations qu'elles supportent, il y a moins de chance qu'elles en supportent d'injustes, parce qu'il est moins probable qu'elles en acceptent de telles : les époux sont objets et sujets du mariage-contrat, l'adoptant et l'adopté de l'adoption. A la vérité, il y a exception à cette règle, lorsque la personne objet du contrat est incapable. Mais alors le contrat qui la vise est soumis à l'acceptation d'autres personnes présumées attachées à ses intérêts, et d'ailleurs ces contrats sont tout à l'avantage de l'incapable de telle sorte qu'il le conclurait sans doute lui-même s'il était juridiquement à même de le faire. Il y a donc par rapport à l'incapable une sorte de quasi-contrat qui vient se greffer sur le contrat proprement dit. C'est le cas de la tutelle officieuse (2). Mais, ainsi que Rousseau le dit encore, si l'on veut toujours son bien, toujours on ne le voit pas (3). Le législateur devait donc se préoccuper de préserver les personnes contre des obligations qu'elles eussent

1. Cf. Contrat Social, l. II, ch. III.

2. C. c. L. I, T. VIII, ch. II.

3. Cf. Contrat Social, *ibid.*

pu accepter par ignorance, inexpérience, entraînement irréfléchi, nécessité. A cet effet il a réglementé les contrats personnels à la fois très complètement de la manière qui lui a paru la plus juste et impérativement, de façon à ne pas laisser place aux expérimentations juridiques individuelles, autrement dangereuses ici que lorsqu'il s'agit de choses inanimées puisqu'elles mettent en jeu des personnes morales. Ce souci n'expliquerait-il pas que le mariage, comme les autres contrats de personnes, soit moins libre que la vente ou l'échange, sans qu'on ait besoin de déduire de cette réglementation étroite qu'il n'est pas un contrat ?

Il reste à savoir si la notion moralement acceptable d'un contrat ayant des personnes pour objet, comme le mariage, ne vient pas se heurter contre des textes formels de notre loi positive. Il peut le sembler au premier abord. L'article 1126 du Code civil dit expressément, dans le Titre relatif aux contrats en général dont chacune des règles doit donc sans doute pouvoir être appliquée en n'importe quelle matière contractuelle, que « *tout* contrat a pour objet une chose », précisant ainsi l'expression plus vague de « quelque chose » employée par l'article 1101. Et l'article 1128 surenchérissant sur l'article 1126 indique que toutes les choses ne peuvent même pas être « l'objet des con-

ventions », mais seulement celles qui sont « dans le commerce ». L'article 1129 suivant paraît prouver encore que le législateur écarte la notion de contrats portant sur les personnes : car il parle toujours d'une « chose » comme objet de l'obligation, et d'ailleurs peut-on concevoir qu'une personne ne soit pas déterminée au moins quant à son espèce, ainsi que le suppose des choses l'article 1129 ? — D'autre part la place seule de la théorie contractuelle générale dans le Code semble constituer, touchant la question qui nous occupe, un témoignage des plus significatifs : si le législateur avait réellement voulu que le mariage et les autres actes sur les personnes obéissent aux règles générales des contrats, n'aurait-il pas entrepris l'étude de ces règles avant celle de ces actes ? Et s'il ne s'occupe des contrats en général qu'au Titre III du Livre III, après le mariage, après l'adoption, après la tutelle officieuse, ne convient-il pas d'entendre qu'il veut que ces institutions restent en dehors des règles générales posées dans ce titre (1), et qui s'appliquent seulement aux contrats traités par lui ultérieurement comme le contrat pécuniaire de mariage, — un vrai contrat, celui-là — la vente, le louage, etc..

On peut se demander cependant si ces textes,

1. Cf. Lefebvre, *op. cit.*, n. 17, p. 29, note 2.

cette marche adoptée par le législateur ont bien la signification qu'on veut leur attribuer, s'ils ne se laisseraient pas interpréter aussi et plus vraisemblablement d'une toute autre manière. Et d'abord on aurait certainement tort d'attacher trop d'importance doctrinale à l'ordre qu'ont suivi les auteurs du Code civil, à ce fait par exemple qu'ils ont étudié les contrats en général après les actes de l'état-civil et le mariage. Le Code Civil, manuel de pratique, confectionné rapidement sous l'influence d'un grand réaliste, ne présente guère la belle ordonnance d'un exposé magistral; la commodité ou la tradition apparaissent très ordinairement comme les véritables causes de la disposition des matières. Et précisément la partie qui nous occupe, le Titre des Contrats en général, passe parmi toutes les autres pour une des plus mal composées tant en extension qu'en compréhension, pour une de celles où le législateur a le plus sacrifié à la nécessité pratique d'exposer rapidement tout le principal, les exigences de la doctrine (1). Or il est facile de comprendre, du seul point de vue utilitaire et indépendamment de toute considération visant la nature du mariage, que le législateur n'ait traité des Contrats

1. Cf. Baudry-Lacantinerie, *Précis de Droit Civil*, t. II, n. 783.

en général qu'au Titre III du Livre III et non au début de son œuvre. En effet les actes sur les personnes et même les actes sur les biens à titre gratuit sont, pour des raisons diverses, étroitement dénombrés par la loi : il n'y a rien ici qui corresponde aux « contrats innomés ». Le législateur a prévu limitativement quelques actes concernant les personnes, comme le mariage, l'adoption, etc..., et deux actes d'aliénation à titre gratuit *seulement* (1), et il les a réglés par des lois particulières à chacun de ces actes. Dès lors, nul besoin de superposer à ces réglementations immédiates et précises une réglementation générale nécessairement plus vague. Mais lorsqu'on est arrivé aux contrats sur les biens à titre onéreux, on se trouva devant une telle multiplicité d'actes, de combinaisons acceptables que le législateur dût changer de méthode : il détermina les formes ordinaires des plus courants de ces contrats — la vente, le louage, le dépôt, le mandat, etc. — et dans un Titre initial il posa des règles générales applicables par déduction aux autres contrats à titre onéreux sur les biens qu'il ne pouvait ni prévoir ni régler plus précisément. « Les contrats soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles

1. C. c., art. 893.

générales qui sont l'objet du présent titre » (1). Mais en matière personnelle ou réelle gratuite il n'y a point de contrat qui n'ait de « dénomination propre ». Et voilà sans doute la raison toute pratique pour laquelle l'étude des contrats en général ne se trouve qu'au Titre III du Livre III.

Il est vrai que ce n'est là qu'une hypothèse. Mais on sait que certains articles du titre préliminaire composés par Portalis sur le Droit et les lois en général ont été transportés au titre des Obligations (2). Pourquoi donc en cet endroit? Ne serait-ce pas que là et là seulement la généralité cessait d'être stérile? De plus l'exemple de la donation traitée elle aussi avant le Titre III du Livre III va nous montrer, par analogie, quelle importance théorique et logique il y a lieu d'attacher à cette antériorité textuelle du mariage par rapport aux contrats en général. Les juristes s'accordent pour reconnaître que la donation, malgré les termes ambigus qui la définissent dans le Code civil — termes uniquement dus à une observation mal fondée du Premier Consul — constitue un véritable contrat (3). On peut même penser, quoique ici l'opi-

1. C. c., art. 1107.

2. Baudry, *op. cit.*, I, 25, 27 et 99.

3. Planiol, *op. cit.*, III, 2501 ; Baudry, *op. cit.*, II, 354.

nion générale soit en sens contraire (1), que le testament est un contrat aussi, car on y rencontre tous les éléments des contrats en général (consentement et obligation). Mais nous n'insisterons pas sur ce point qui sort de notre sujet et dont l'établissement nous permettrait seulement de redoubler notre démonstration, et nous nous en tiendrons à la donation dont le caractère contractuel n'est pas douteux. Une fois ce caractère contractuel intrinsèque de la donation reconnu, la place qu'elle occupe dans le Code a-t-elle empêché qu'on la déclare un contrat ? On a simplement conclu de l'ordre des Titres que la méthode du législateur était ici défectueuse. Or pourquoi ne pas raisonner de même quand il s'agit du mariage ?

Ainsi la position dans le Code du Titre qui concerne le mariage peut bien sans doute tendre à prouver qu'il n'est pas un contrat, mais elle peut prouver simplement aussi qu'en matière matrimoniale comme en matière de donation, une certaine méthode ou, si l'on veut, une certaine faute de méthode a été commise, celle qui consiste à s'occuper des applications particulières avant les règles générales. Le choix entre les deux hypothèses dépend de la question de savoir si le mariage est en

1. Baudry, *op. cit.*, II, 358 ; Planiol, *op. cit.*, III, 2512.

lui-même, comme la donation, un contrat. Et cela revient à dire finalement que la position respective du Titre V du Livre I et du Titre III du Livre III ne signifie rien de précis relativement au problème qui nous occupe.

Quant aux textes que nous avons signalés touchant les contrats à objets personnels, leur signification n'est sans doute pas non plus aussi décisive qu'on la suppose. — Il est vrai que les articles 1128 et suivants posent cette règle que les choses seules qui sont dans le commerce peuvent devenir objet de conventions. Mais il en résulte simplement que les choses qui ne sont pas dans le commerce ne peuvent pas devenir objets de contrat (ce qui constitue d'ailleurs presque une proposition identique comme l'article 1128 lui-même). Les personnes, elles, ne sont visées en aucun sens dans cette disposition. — Il est vrai que les articles 1126, 1127, 1129 et 1130 ne parlent que des choses comme objets contractuels ce qui semble exclure *a contrario* les personnes. Mais le mot « chose » a probablement ici la même signification et la même portée que dans l'article 1128 et il s'agit sans doute toujours de l'opposition entre les choses qui sont dans le commerce et celles qui n'y sont point, plutôt que de l'opposition entre les choses en général et les personnes. Il est vrai que la règle de spécificité de l'objet de l'article

1129 ne semble guère viser les contrats sur les personnes. Mais la seule raison en est que de tels contrats feraient plus que s'accorder avec elle. — Il faut le reconnaître néanmoins : toutes ces dispositions, d'autres encore dans le même Titre, qui se réfèrent assez naturellement aux choses, ne peuvent être appliquées aux personnes sans quelque artifice. La pensée du législateur, encore qu'elle puisse à la rigueur se laisser tirer dans différents sens, est au fond assez apparente : il est clair qu'il ne songe dans la Section III du Titre des Contrats en général qu'aux choses et qu'aux contrats qui portent sur elles.

Mais que convient-il de conclure de là? Que ni le mariage ni les autres états personnels ne sont des contrats? On le pourrait — et on le devrait — si, suivant une méthode abstraitement logique, le législateur n'avait traité dans le Titre des contrats en général que des dispositions communes à tous les contrats sans exception, de l'essence même du contrat. Seulement est-ce bien ainsi qu'il a procédé?

Il ne le semble guère. Maintes dispositions du Titre des contrats en général apparaissent comme trop étroites pour l'ensemble même des contrats sur les choses proprement dites et ne conviennent qu'à une partie seulement d'entre eux. Tel juriste qui condamne toute conception large du contrat

reconnaît néanmoins que la définition de l'article 1101. laisse échapper de vrais actes contractuels comme la dation en paiement ou la constitution d'hypothèque (1). Les règles de la lésion ne visent, de l'aveu du législateur, que certaines conventions et dans certains cas (2). Plusieurs articles de notre Titre renferment des restrictions qui, bien qu'exprimées dans une théorie générale, n'en restent pas moins particulières, n'en ont pas moins pour effet de porter atteinte au caractère de généralité des dispositions sur lesquelles elles viennent se greffer ; des règles de détails se trouvent ainsi parfois mélangées dans un même article avec des formules beaucoup plus vastes : par exemple dans l'article 1130. La théorie contractuelle du Code Civil est donc plutôt une théorie concrète qu'abstraite : elle juxtapose des dispositions de généralité diverses plutôt qu'elle n'extraît d'elles tout ce qu'elles ont d'ultime et de commun. — Aussi le fait qu'un acte juridique est étranger à telles ou telles de ses dispositions ne prouve-t-il pas nécessairement que cet acte ne constitue pas un contrat. Remarquons-le bien d'ailleurs : il n'est vraisemblablement pas un seul contrat auquel *toutes* les dispo-

1. Cf. Lefebvre, *op. cit.*, 13, note 1.

2. C. c., art. 1118.

sitions du Titre III — celles seulement qui concernent les diverses modalités des contrats (1) — soient simultanément applicables, qu'il ne faille donc exclure du cadre vidé des contrats si l'on veut employer ici la méthode stricte de la déduction abstraite. La rigoureuse logique que le Code Civil ne possède pas risque de provoquer dans son interprétation des contre-sens quand on la lui suppose. Au contraire l'on conçoit facilement que, dans une pareille théorie générale mais concrète, on puisse rencontrer des dispositions qui ne visent que les choses sans que cela signifie qu'il n'y ait pas, à côté des contrats sur les choses, des contrats sur les personnes.

Ce qui semble plus surprenant, c'est que l'oubli se soit toujours fait dans l'esprit du législateur du côté des personnes. La raison de cette particularité doit être cherchée, croyons-nous, dans les préoccupations qui ont amené la confection d'une théorie légale des contrats. Comme nous nous sommes efforcés de le montrer (2), c'est parce que les conventions sur les choses se présentaient trop multiples et trop variées qu'on fut amené, pour les régler, à déterminer seulement les formes contractuelles générales. Compo-

1. T. III, ch. IV.

2. Cf. *supra*, pp. 29 et sqq.

sée à l'occasion des choses et en vue des choses, il était naturel que la théorie des contrats fut orientée vers les choses. Il aurait fallu chez les auteurs du Code Civil pour résister à la sollicitation pratique qui les inclinait dans cette direction, le souci primordial de l'exactitude théorique qui n'était pas, qui ne pouvait pas être celui de ces grands réalisateurs. De fait leurs idées directrices, suggérées par les divers sujets qu'ils ont été amenés à traiter, semblent changer parfois d'un Titre à l'autre avec ces sujets mêmes. Après avoir proclamé, tant dans les travaux préliminaires du Code que dans les Discours Préliminaires des Titres du Mariage et du Divorce le caractère contractuel du mariage, les auteurs du Code paraissent avoir oublié dans la théorie contractuelle générale qu'il existe des contrats portant sur des personnes. — Mais de ces deux attitudes opposées quelle est celle qui correspond à leur pensée véritable ? Il est certes fort délicat de le dire. Toutefois l'on doit remarquer que la nature contractuelle du mariage résulte des déclarations mêmes des législateurs — déclarations qui ont failli passer dans le corps de la loi — tandis que la thèse inverse ne résulterait jamais que de leur silence, toujours malaisé à interpréter. D'autre part il semble que, pour déterminer les intentions des auteurs du Code sur le caractère des actes personnels, il soit plus naturel de consulter les théories

proclamées par eux à propos de ces actes avec la claire pensée des difficultés à résoudre que des dispositions d'un ordre tout différent dans lesquelles ils n'ont de toute évidence, à tort ou à raison, nullement songé à ces mêmes actes personnels.

Nous croyons donc pouvoir conclure, sans arbitraire, que les auteurs du Code Civil ont admis l'existence de contrats s'appliquant à des personnes, tels que le mariage ; le silence du Titre III du Livre III à cet égard indique plutôt les limites de cette intention qu'il ne la nie en elle-même, il prouve seulement qu'elle n'était pas assez forte chez Portalis et ses collaborateurs pour subsister devant une raison pratique opposée d'arrangement et de commodité.

Au reste ce que le législateur a fait nous éclaire sur ce qu'il a voulu faire. Or il paraît bien avoir consacré, indépendamment du mariage, l'existence de contrats ayant des personnes pour objet. Il semble que les contrats où l'obligation est de faire, comme le louage d'ouvrage (1), portent au fond sur la personne même du débiteur, par exemple des gens de travail qui se louent (2). Le louage d'ouvrage, dirait-on, a pour objet le travail et l'œuvre de l'ouvrier et non l'ouvrier lui-même. Mais dans certains cas,

1. C. c. L. III, T. VIII, ch. III.

2. Planiol, *op. cit.*, II, n. 1827.

la distinction est plus verbale que réelle. Un acrobate s'engage pour faire des tours, un boxeur pour lutter. Quels sont les objets de ces contrats? Les tours de l'acrobate, la lutte du boxeur. Mais luttés et tours ne se séparent pas de leurs exécutants. En réalité les deux contrats ont pour objet la force ou l'adresse des acteurs, c'est-à-dire en style brutal mais exact, leurs corps. Le boxeur, l'acrobate qui s'engagent louent leurs corps ; et quand on dit qu'ils louent leurs « services » on accepte une idole de langage, peut-être d'ailleurs symboliquement acceptable, mais immédiatement inexacte. Dans d'autres cas, ceux par exemple où l'exécution aboutit à la production d'une chose, la distinction est plus réelle mais on peut se demander encore si l'objet véritable du contrat ne réside pas toujours dans la personne de l'exécutant : car enfin ce que le contractant promet ce n'est pas la chose en elle-même (puisqu'il s'agit d'une obligation de *faire*), mais c'est de l'exécuter, donc d'agir. C'est son corps ou son esprit qu'il met en avant, c'est sur eux que porte immédiatement de quelque façon le contrat. Par exemple un ouvrier s'oblige à construire un mur. L'objet du contrat est-il le mur ou le travail de l'ouvrier? Le travail de l'ouvrier, évidemment. Mais, du moment qu'il s'agit de travail, nous sommes amenés à répéter ce que nous avons dit plus haut que le labeur

de l'exécutant ne se distingue pas de l'exécutant lui-même pendant qu'il s'y adonne. L'ouvrier, embauché pour édifier un mur, engage pour le temps de son travail, sa liberté, ses mouvements, son activité, lui-même en un mot. Ici encore le véritable objet du contrat de louage est une personne. Nous ne raisonnerions pas autrement pour les autres contrats de fait et notamment pour le mariage qui rentre dans cette catégorie, puisque toutes les obligations qu'il produit — fidélité, secours, assistance mutuelle des époux (1) protection que le mari doit à sa femme, obéissance que celle-ci doit à son mari (2), avec ses divers corollaires (3), devoir d'éducation envers les enfants (4) — se résolvent en diverses obligations de faire ou de ne pas faire. — Rejette-t-on cependant cette assimilation esquissée des contrats de fait à des contrats visant les personnes ? Il reste qu'il existe au moins un acte juridique — l'adoption — qui concerne les personnes et dans lequel il est plus difficile encore que dans le mariage, en raison de son caractère tout artificiel, de ne pas voir un contrat. Or s'il y a un contrat — un seul — qui s'applique aux personnes, le caractère person-

1. C. c., art. 212.

2. C. c., art. 213.

3. C. c., art. 214, 215 et sqq.

4. C. c., art. 203 et sqq.

nel de l'objet du mariage ne saurait plus être regardé comme incompatible avec sa nature de contrat.

Toutes ces remarques nous paraissent autoriser cette conclusion — d'ailleurs toute négative — que nous voulons seule en tirer : on ne trouve pas dans le Code Civil de raisons juridiques suffisantes pour écarter l'existence de contrats portant sur les personnes. Nous nous sommes efforcés de montrer que de telles raisons n'existaient pas non plus en logique ni en morale (1). Il semble donc que, de ces trois points de vue, le caractère personnel de l'objet du mariage ne s'oppose pas au caractère contractuel du mariage lui-même, si toutefois il y a lieu par ailleurs de tenir le mariage pour un contrat.

Mais le mariage est-il bien en lui-même de la forme d'un contrat ? Voilà surtout ce que l'on conteste. A la vérité, il renferme les deux éléments constitutifs d'un contrat quelconque, convention initiale d'une part, obligations subséquentes de l'autre. Mais on objecte que dans les contrats véritables les parties sont libres de débattre et de fixer à leur gré les obligations auxquelles elles entendent se soumettre. Au contraire le mariage, quoique empruntant pour prélude aux contrats la forme

1. Cf. *supra*, pp. 24 et sqq.

d'un échange de consentement, est essentiellement constitué, comme tous les états personnels, par un ensemble de règles déterminées d'avance légalement et que les individus sont seulement libres d'accepter telles quelles ou de rejeter en bloc. De pareils systèmes invariables de devoirs consacrés et de droits reconnus par la société ne sauraient, dit-on, être regardés comme des contrats, libres œuvres des parties, mais constituent des états juridiques *sui generis* que l'on doit appeler, suivant une expression aussi juste que traditionnelle, des actes de l'état civil. Ainsi la volonté des futurs est sans doute nécessaire à l'établissement du lien matrimonial ; mais ce lien, qui constitue l'essence même du mariage, s'impose avec toutes ses conséquences juridiques aux époux et dépasse de beaucoup leur consentement qui l'a seulement, pour ainsi dire, préparé (1).

La question ainsi posée revient, en somme, à savoir si le principe de la liberté des parties dans les contrats implique que les obligations contractuelles doivent être déterminées par les contractants, ou s'il peut se concilier avec une simple acceptation de leur part. Les adversaires du mariage-contrat soutiennent la première de ces deux thèses. Ils l'ap-

1. Cf. Lefebvre, *op. cit.*, notamment n. 16 et 22, et passim.

puient — et on peut l'appuyer — sur des arguments d'ordre logique, juridique et moral. Ils disent que le terme de « contrat » entendu comme convention quelconque suivie d'obligations quelconque perd toute signification précise et par là toute valeur efficace (1). Ils disent que d'ailleurs une telle conception des contrats se trouve contredite par les textes, qui dans notre Code Civil représentent la plus pure tradition contractuelle (2). Ils disent qu'appliquée littéralement au mariage, cette conception aurait pour effet de détruire l'heureuse stabilité de l'institution matrimoniale et qu'elle pourrait entraîner par là les plus graves inconvénients (3). Examinons donc, à notre tour, la question sous ces trois aspects.

Et d'abord est-il vrai que la notion de contrat, dans le sens de conventions quelconque produisant des obligations quelconque, soit vaine et indéterminée ? Mais elle n'est pas indéterminée, car elle s'oppose, nous l'avons déjà fait remarquer (4), à la notion juridique d'engagements, c'est-à-dire d'obligations résultant d'une situation de fait de laquelle la volonté de contracter est absente. Et dans la

1. Lefebvre, *op. cit.*, n. 15, p. 27 ; note 1.

2. Lefebvre, *op. cit.*, n. 15.

3. Lefebvre, *op. cit.*, n. 18, pp. 33-34.

4. Cf. *supra*, p. 5.

mesure où elle est déterminée, elle est efficace puisqu'elle s'impose avec ses caractères propres à tous les actes juridiques qui lui sont subsumés. Il faut le reconnaître d'ailleurs : une telle notion, sans être indéfinie, est du moins très vaste et son influence, sans être nulle, est du moins fort limitée.

Mais entre cette conception et celle — plus étroite — du contrat comme acte juridique où les parties débattent elles-mêmes leurs droits et leurs obligations, il n'y a qu'une différence de degré dans la généralité : la notion « étroite » de contrat est déjà une notion large et abstraite — et elle aurait certes paru telle aux Romains (1) — un peu plus déterminée que la notion « large » de contrat, mais guère davantage, aussi impuissante qu'elle à déterminer la réglementation complète d'un quelconque contrat. Or n'y a-t-il pas quelque contradiction, lorsqu'on admet soi-même une notion générale quoique limitée du contrat, à condamner comme indéfinie une notion voisine limitée quoiqu'un peu plus générale ? Il faut bien s'arrêter, dira-t-on, à un certain degré de généralité. Mais quelles raisons de logique théorique ou pratique militent précisément en faveur du degré de généralité auquel correspond

5. Cf. Girard, *Manuel élémentaire de Droit Romain*, pp. 430 et sqq.

la notion « étroite » de contrat ? On ne le voit point.

Tout au contraire, en doctrine pure, la distinction des actes juridiques en deux groupes, telles qu'elle est impliquée par la notion large de contrat, apparaît comme la plus importante, la seule fondamentale. Qu'est-ce en effet qu'un acte juridique ? C'est toujours — et par définition même — un acte socialement réglementé et contraint (1). Cette réglementation, cette contrainte peuvent d'ailleurs revêtir des formes très diverses et sont susceptibles de plusieurs degrés. Certains actes juridiques par exemple sont complètement contraints en ce sens qu'ils s'imposent aux individus et s'imposent à eux tels qu'ils sont réglés par la loi : ainsi quelques-uns des engagements mentionnés dans l'article 1370 du Code Civil qui « résultent de l'autorité seule de la loi », « qui sont formés involontairement », ceux « des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser les fonctions à eux déférées », par exemple. D'autres actes juridiques sont en eux-mêmes impérativement réglementés par la loi mais sont soumis au consentement des individus auxquels ils s'appliquent : c'est dans ce groupe qu'il conviendrait de placer le mariage et aussi la succession (2). D'autres actes juridiques sont régle-

1. Cpr. Planiol, *op. cit.*, I, 144 et 146.

2. C. c., art. 773.

mentés, mais sans que leur réglementation légale ait toute entière un caractère impératif : la volonté individuelle est toujours maîtresse d'accomplir ces actes tout en modifiant une partie des dispositions de la loi qui les concernent. *Mais même dans ce dernier cas il est certaines limites et certains cadres que la loi fixe impérativement aux individus* : toute vente par exemple, pour rester telle, doit répondre à la définition de l'article 1582 ; la règle du respect de l'ordre public et des bonnes mœurs (1) s'applique à n'importe quel acte de Droit. Et c'est précisément parce que les actes de Droit les plus libres tombent néanmoins dans une certaine mesure sous la contrainte et la réglementation sociales que ces actes ont, dans cette mesure, un caractère juridique. Supposez-les absolument libres : à ce moment précis ils cesseront de faire partie du domaine du Droit. Un acte entièrement contraint peut être juridique, un acte complètement libre ne le peut pas. Et remarquons, en passant, que la répartition des matières entre les Titres III et IV du Livre III du Code civil ne paraît pas mériter tous les reproches théoriques qu'on lui prodigue parfois (2). Quoi de plus légitime théoriquement, si ce que nous avons dit est exact,

1. C. c., art. 6.

2. Cf. Baudry, *op. cit.*, II, n. 1330, p. 946.

que de traiter d'un côté des obligations où la volonté individuelle intervient à quelque degré et de l'autre les obligations où cette même volonté n'intervient jamais réellement ? Quant à la différence de longueur des deux Titres, différence symptomatique d'un état d'esprit, elle ne saurait servir de base à reproches théoriques sérieux. — Mais, dès lors, la distinction juridique primordiale du point de vue de la liberté, ce sera évidemment celle des actes juridiques complètement contraints d'une part et de ceux qui ne le sont que partiellement de l'autre, la distinction des contrats (au sens large) et des engagements. Les degrés de contrainte et de liberté dans les contrats eux-mêmes pourront servir, mais ne pourront servir qu'à établir des distinctions d'ordre secondaire, des sous-distinctions : telle sera notamment celle des contrats au sens étroit et des contrats au sens large. Et sans doute il peut se faire qu'à telle ou telle époque la distinction primaire soit, étant donné l'état des idées, comme couverte et cachée par les distinctions secondaires parce qu'en fait, à cette époque, les actes juridiques complètement contraints sont rares et que tout l'intérêt des controverses se porte sur deux types différents de contrainte partielle : ce qui est précisément le cas au moment présent. Il n'en reste pas moins vrai qu'en doctrine générale la dis-

inction fondamentale reste celle que nous avons indiquée.

Mais on peut se demander si cette notion large de contrat, acceptable en théorie pure, est bien conforme à la notion réelle qui se dégage des textes de notre Droit civil. — Qu'est-ce donc qu'un contrat selon le Code ? La définition en est donnée par l'article 1101 initial du titre des Contrats en général et elle semble assez claire. Le contrat est une convention entraînant une ou plusieurs obligations. Et cette conception du contrat est d'ailleurs confirmée par la rubrique même du Titre III du Livre III qui fait des expressions « Contrats » et « Obligations conventionnelles » deux expressions synonymes. A la vérité, cette interprétation ne va pas sans difficultés. Mais ce n'est guère le lieu de les examiner ici dans le détail. Nous croyons devoir indiquer cependant quelles raisons nous paraissent militer en sa faveur. De l'article 1101 on conclut parfois que, selon le législateur, le contrat est une convention qui a pour objet de faire naître une obligation mais non de l'éteindre ou de la modifier (1). La convention constituerait donc le genre, dont le contrat ne serait qu'une espèce (2). On reconnaît d'ailleurs parfois que cette distinction qui ne s'appuie sur

1. Planiol, *op. cit.*, II, 943 ; Baudry, *op. cit.*, II, 784.

2. Baudry, *ibid.*, p. 557 ; Planiol, *ibid.*

aucune raison théorique (car deux volontés peuvent se rencontrer, il peut donc y avoir convention aussi bien pour rompre un lien d'obligation que pour le former) n'est admissible que parce que le législateur lui-même paraît l'avoir admise tacitement — et peut-être à son insu — dans un de ses textes (1). Mais il semble qu'il n'y ait pas lieu d'attacher d'importance juridique à l'omission de l'article 1101 concernant les conventions extinctives et modificatives, étant donné que dans le Titre même dont cet article forme le prologue, le législateur s'est occupé du paiement et de la novation (2). Faut-il donc admettre que le contrat et la convention se confondent (3)? Pas davantage, croyons-nous. L'article 1101 dit bien : « Le contrat est une convention... » Mais, pour réfuter l'argument que l'on pourrait tirer de ce début, il n'y a qu'à continuer à lire le texte : le contrat n'est pas en effet, selon l'article 1101, une convention quelconque, c'est une convention « par laquelle une ou plusieurs personnes *s'obligent* envers une ou plusieurs autres ». Ainsi, pour qu'il y ait contrat, il ne suffit pas, d'après notre article, qu'il y ait convention, il faut

1. C. c., art. 1101. En ce sens Baudry, *ibid.* ; en sens contraire Planiol, *ibid.*, note 4.

2. Ch. V, sect. I et II.

3. Planiol, *ibid.*, note 1 ; Baudry, *ibid.*

Durand

encore qu'il y ait obligation subséquente. Et voilà précisément en quoi consiste la différence entre les deux notions juridiques de contrat et de convention : la convention est une partie, une partie seulement du contrat ; c'en est, si l'on veut, le premier moment. Le rapport de la convention au contrat n'est ni un rapport d'identité, ni un rapport de genre à espèce, mais un rapport de partie à tout. Et sans doute dans sa définition du contrat en général de l'article 1101, comme dans celles de certains contrats particuliers, la vente par exemple (1), le législateur a d'abord et surtout insisté sur la présence de la convention : « Le contrat est une convention, etc. » « La vente est une convention, etc. » La raison en est que le critère des contrats se trouve, nous avons essayé de le montrer (2), non point dans l'obligation qui constitue le fond commun de tous les actes juridiques, mais dans ce fait que l'obligation y est précédée d'un accord de volontés, d'une convention. Mais en réalité le contrat *est* une convention, comme le navire qui passe *est* une voile. — Quant à l'obligation contractuelle, on peut la définir l'objet de la convention s'imposant aux parties sitôt qu'il est accepté par elles (3). C'est

1. C. c., art. 1582.

2. Cf. *supra*, pp. 45 et sqq.

3. Cpr. Planiol, *op. cit.*, II, 156 et 159.

donc le second moment de tout contrat, ce qui reste d'un contrat, pourrait-on dire, quand on en ôte la convention. L'obligation fait partie intégrante du contrat ; elle n'en est pas l'effet extérieur, comme on le soutient parfois à tort (1), précisément parce qu'on confond avec le contrat la convention dont l'obligation est bien réellement l'effet. Convention plus obligation, volonté plus contrainte, tels apparaissent donc les deux termes de tout contrat selon le Code. Nous allons les examiner successivement de notre point de vue.

Une convention c'est, conformément à l'étymologie et à la doctrine couramment admise (2), l'accord de deux ou plusieurs volontés convergeant dans le même but. Il y a donc convention toutes les fois que deux volontés se rencontrent et de quelque façon d'ailleurs qu'elles arrivent à se rencontrer. Tel est bien le sens qui ressort des textes correspondants du Code. L'article 1101 indique que tout contrat enveloppe nécessairement une convention mais n'exige rien relativement à la manière dont cette convention se forme. Quant à l'article 1134 il dit que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». On a parfois

1. Cf. Baudry, *op. cit.*, II, 783.

2. Baudry, II, 784 ; Planiol, 943.

interprété cette disposition en ce sens que ce serait la volonté qui se substituerait en matière contractuelle proprement dite à la loi et deviendrait loi elle-même, ce qui impliquerait que dans un véritable contrat les parties seraient libres de débattre les clauses de leur acceptation (1). Mais il semble que ce soit là étrangement forcer les termes de l'article 1134 : que signifie-t-il en effet ? Que les conventions ont force de loi pour ceux qui les ont faites. Mais il ne dit point que ces conventions doivent toujours résulter de la libre détermination des parties contractantes. Au contraire, en rappelant que les conventions doivent être légalement formées pour avoir, à leur tour, force de loi, le législateur indique bien que la loi, elle aussi, a à intervenir dans leur confection. On pourrait dire encore que l'article 1134, en supposant que les conventions sont *faites* par les parties, entend qu'elles sont librement construites par elles. Mais on attribuerait alors un sens bien cherché, bien tendancieux au terme si vague de « faire » employé incidemment par le législateur à la fin d'une phrase. D'ailleurs le commencement de la même phrase montre quelle est ici la véritable portée du mot. Il ne s'agit en effet que de « conventions légalement formées ». Or

1. Lefebvre, *op. cit.*, n. 15, p. 27.

toutes les conventions légalement formées sont, en quelque mesure, déterminées par la loi (1). Mais, dès lors, énoncer que les parties ont fait une convention ne peut pas signifier qu'elles en ont librement imaginé toutes les clauses : autrement pas un contrat ne rentrerait dans la classe des contrats. On dit « *faire un roman* », mais aussi « *faire une dictée* ». L'article 1134 pas plus que l'article 1101 n'impose donc aux conventions de modalités particulières.

Et d'ailleurs comment le Code Civil pourrait-il renfermer une règle qui se trouverait en contradiction avec la pratique de tous les jours ? Combien de contrats en effet, tels que la vente, le louage, etc... ne résultent-ils pas du simple « décret » d'un contractant accepté par l'autre ? L'acheteur va-t-il débattre le prix avec le vendeur dans un grand magasin ? et l'employé son salaire avec le maître dans une grande administration ? Par le seul fait de l'achat, du louage d'ouvrage, l'acheteur, l'employé acceptent les conditions que leurs parties leur ont d'avance imposées. Mais on répond que, lorsque ces contrats sont réglés par une seule partie, tout se passe encore entre les contractants, un de ces contractants fut-il le pouvoir public, comme il

1. Cf. *supra*, pp. 45 et sqq.

arrive dans certains contrats de concession. Or il s'agit de savoir si l'on peut admettre que les conditions soient déterminées non plus par une seule partie, mais par une autorité supérieure qui du dehors impose des règles (1). Nous répondrons à notre tour que la validité contractuelle du premier cas emporte celle du second. En effet nul ne doute qu'un contrat ne doive présenter le caractère de contrat par rapport à tous les contractants. Or quelle différence y a-t-il entre le contrat dont les conditions sont imposées par l'autorité de la loi et celui dont les clauses sont déterminées par une seule des parties, quant à la partie à laquelle ces conditions sont imposées ? Dans les deux cas, son rôle se réduit à une simple acceptation d'obligations. Mais si l'acceptation d'obligations par une partie est suffisante pour que ces obligations prennent vis-à-vis d'elle un caractère contractuel, l'acceptation simultanée d'obligations concordantes par les deux parties doit être également suffisante pour qu'un contrat se forme entre elles, chacune des deux parties pouvant alors être considérée comme étant dans le cas de la précédente. Et pour le mariage en particulier, si l'on admet qu'une forme de l'institution matrimoniale où le mari, par exemple, déterminerait seul les

1. Lefebvre, *op. cit.*, n. 17, note 1.

obligations conjugales, constituerait un contrat, même vis-à-vis de la femme qui les accepterait, on est obligé d'admettre que notre mariage actuel, dont les règles sont imposées d'avance par la loi à l'un et à l'autre époux constitue un contrat pour tous les deux.

Ainsi donc une convention peut se former par une simple acceptation d'obligations complémentaires, de la part des deux parties ; le mariage débute par une acceptation de ce genre ; c'est dire qu'on rencontre en lui le premier élément de tout contrat.

Quant au second — nous voulons dire l'obligation — il ne semble pas douteux qu'on l'y trouve aussi. Si l'on entend par obligation, comme on le fait ordinairement (1), un lien de droit, il est sans difficulté que l'état de mariage constitue juridiquement un système d'obligations entre la femme et le mari. Mais il faut remarquer que les obligations contractuelles sont, d'après l'article 1101, des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire quelque chose et l'on peut se demander s'il n'est pas difficile d'appliquer cette notion aux devoirs conjugaux de caractère plutôt moral (2). A la vérité, certaines expressions de la théorie générale des contrats con-

1. Planiol, II, 156 ; Baudry, II, 782.

2. Cf. Lefebvre, *op. cit.*, n. 1, p. 6 ; n. 4, p. 10, note 1.

fectionnées, nous le savons, en vue des choses, peuvent paraître étranges ou même choquantes lorsqu'on essaie de les transposer en matière personnelle. Mais, dans l'espèce qui nous occupe, on ne voit pas quel inconvénient de ce genre il peut y avoir à ranger les obligations conjugales dans la classe des obligations de faire ou de ne pas faire. Cette expression extrêmement vague serait même et indépendamment des textes du Code civil, celle qui viendrait sans doute à l'esprit pour exprimer les obligations multiples mais toutes de nature personnelle qui naissent pour les époux du mariage. Et le Code civil lui-même n'appelle-t-il pas le devoir essentiellement moral d'éducation des enfants par les parents une « obligation » (1) ?

On remarque encore que la sanction pécuniaire générale prévue par l'article 1142 paraît impliquer que toute obligation juridique vraie présente un caractère pécuniaire corrélatif qui n'est certes pas celui des devoirs conjugaux (2). Mais il semble bien plutôt que la nature de la sanction de l'article 1142 exprime seulement en réalité l'impossibilité où l'on est en Droit Civil de contraindre directement le débiteur à effectuer son paiement et la nécessité d'assu-

1. C. c., art. 203.

2. Lefebvre, *op. cit.*, n. 4, p. 10, note 1.

rer néanmoins au créancier une compensation. Et de ce que cette compensation est pécuniaire, il ne s'ensuit pas que l'obligation présente elle aussi forcément la même nature ; mais la monnaie, constituant la valeur en soi la moins caractérisée et l'intermédiaire d'échange ordinaire, se trouve naturellement et pour cette seule raison toute indiquée pour être substituée à n'importe quelle autre valeur déterminée. C'est par des considérations analogues que s'expliquent et se justifient les sanctions pécuniaires que de nombreux auteurs et parfois les tribunaux ont assurés aux obligations conjugales elles-mêmes sans en méconnaître pour cela le caractère moral évident (1). Et sans doute on peut s'étonner que le législateur ait gardé le silence sur ce point et craindre de trahir sa pensée en le complétant. Mais, comme il l'a exposé lui-même, il a préféré tout (2) laisser aux mœurs et aux circonstances, craignant justement de gêner les accommodements de fait par une règle de Droit trop rigide. Cependant il faut bien que les devoirs conjugaux trouvent, le cas échéant, une sanction dans la loi ; autrement le caractère impératif de la réglementation légale du mariage deviendrait une fiction que nul ne serait

1. Cass. 26 juin 1878.

2. « Tout » est cependant trop dire (cf. Baudry, I, 720).

juridiquement tenu de respecter. Par son silence concerté, le Code lui-même nous invite à aller plus loin que lui, s'il est nécessaire, en quelque sens. Or la contrainte directe exercée sur l'époux récalcitrant peut rester inefficace, si elle n'est pas durable ; et d'autre part elle n'est légitime qu'au moment précis où elle s'exerce avec le concours de la force publique (1). Dans ces conditions, on se voit quelquefois amené pour assurer aux obligations conjugales une sanction juridique, soit à infliger des dommages et intérêts à l'époux récalcitrant, soit à saisir le revenu de ses biens par exemple (2). Et cela, répétons-le, n'implique nullement qu'il y ait une ressemblance de nature quelconque entre les manquements conjugaux et les sanctions qu'elles entraînent, mais que la sanction pécuniaire est, dans ce cas, le seul moyen de Droit civil — indirect et détourné — de faire respecter certaines obligations qui doivent l'être.

Ainsi donc ni l'article 1101, ni l'article 1142 du Code civil ne contiennent de dispositions en désaccord avec la nature morale *sui generis* des obligations qui dérivent du mariage. Il reste donc que le second élément de tout contrat — l'obligation — se retrouve dans l'institution matrimoniale. Celle-ci apparaît donc comme une libre acceptation par les époux

1. Cpr. Planiol, I, 894 et Baudry, I, 721, pp. 379-380.

2. Cf. Planiol, I, 895.

d'obligations fixées et sanctionnées par la loi, ce qui est, nous l'avons montré (1), une forme possible de la notion juridique actuelle de contrat telle qu'elle est définie par le Code civil.

Mais on objecte encore que l'aboutissement logique de la doctrine contractuelle du mariage ne peut être que dans l'union libre admise et sanctionnée tant bien que mal par le Droit avec les divers inconvénients d'ordre moral inhérents à cette forme relâchée de l'union conjugale (2). Nous ne rechercherons point pour le moment quelle influence la notion contractuelle du mariage peut et doit exercer sur sa réglementation (3); mais nous voudrions déterminer le caractère moral d'ensemble qui résulte pour le mariage de sa nature de contrat telle que nous l'avons définie et réfuter par là même l'objection que nous venons de signaler.

Une première conséquence de la nature contractuelle du mariage, c'est que les obligations qu'il entraîne sont nécessairement sanctionnées et, dans une certaine mesure, déterminées légalement. De telle sorte que, si l'on entend par union libre, comme on le fait, maintes fois, une forme d'union entre l'homme et la femme déterminant seulement des

1. Cf. *supra*, pp. 48 et sqq.

2. Lefebvre, *op. cit.*, n. 19.

3. Cf. *infra*, ch IV.

droits et des devoirs d'ordre moral entre eux, il y a opposition complète entre la notion de mariage-contrat et celle d'union libre : le mariage-contrat, c'est le mariage dans lequel la société intervient et sur lequel elle veille ; l'union libre (en un certain sens) c'est l'état conjugal abandonné pour sa formation, pour ses règles, pour sa dissolution à la libre fantaisie des intéressés. La contradiction est patente.

Il résulte en second lieu de la nature contractuelle du mariage que néanmoins une certaine part de liberté est réservée aux individus dans l'institution matrimoniale. Mais quelle part ? *C'est ce qu'on ne peut déduire, nous l'avons montré (1), ni en Droit théorique, ni dans notre Droit positif de la notion générale de contrat.* Il se trouve cependant que cette part de liberté est réduite au minimum, se ramène à la simple acceptation ou au simple rejet par les parties des obligations conjugales légalement organisées. La raison souvent indiquée de cette limitation à la liberté des époux dans le contrat conjugal, c'est l'importance exceptionnelle du mariage et pour les conjoints et pour la société toute entière et le devoir qui s'impose par suite à l'Etat, représentant de l'intérêt commun, d'organiser lui-même un contrat si fondamental, sans rien laisser aux hasards des

1. Cf. *supra*, pp. 44-45.

expériences particulières. Or il est bien évident que sous sa forme actuelle de contrat réglé par la société, le mariage ne saurait être assimilé à aucune forme de l'union libre. Mais il reste vrai que, sans que le mariage cesse de constituer un contrat, la détermination des obligations conjugales pourrait être laissée aux époux : ce qui serait bien une forme — atténuée — de l'union libre. Nous ne le contesterons certes pas. Mais cette hypothèse fait table rase des motifs qui, dans la classe même des contrats, situent le mariage parmi les contrats les moins libres. Or ces motifs ne sont nullement imaginaires ou négligeables, mais bien réels, fondés en fait comme en raison, aussi valables que ceux mêmes qui déterminent l'introduction du mariage parmi les contrats. Et l'on se demande vraiment pourquoi ils ne compteraient pas eux aussi, et l'on ne s'explique pas en vertu de quelle obscure attraction, de quelle mystérieuse logique, le mariage, parce qu'il constitue un contrat, serait sollicité vers la classe des contrats les plus libres malgré les motifs si considérables et si naturels qui l'en tiennent exclu. Il est très exact que la force logique des principes et des déductions travaille sans cesse en matière juridique (1) ; mais les déductions se corri-

1. Lefebvre, *op. cit.*, n. 22, p. 39.

gent et doivent se corriger réciproquement en se combinant entre elles ; et il faut envisager autant que possible toutes les raisons et toutes leurs conséquences. La notion de contrat, si on l'interprète sans tenir compte de certains éléments de la question, peut mal s'accorder avec la nature morale du mariage ; est-ce une cause suffisante pour nier qu'interprétée d'une autre façon et plus complètement — avec l'aide de ces éléments d'abord négligés —, la même notion ne puisse s'appliquer convenablement à la même institution ?

En résumé, la nature contractuelle du mariage implique et implique seulement d'une part que l'institution matrimoniale est dans quelque mesure réglée par la loi et soumise au contrôle de la société, d'autre part que dans quelque mesure aussi elle reste libre ; et ce double caractère de réglementation tempérée par la nécessité d'un consentement et de liberté individuelle limitée par la contrainte sociale semble bien correspondre, dans les limites de sa vague consistance, à l'idée que la conscience commune normale se fait actuellement du mariage. Nous pouvons donc conclure, en donnant à cette formule une signification réelle, que le mariage est de nos jours un contrat.

CHAPITRE III

REMARQUES SUR LES LIMITES DE LA NATURE CONTRACTUELLE DU MARIAGE,

Le mariage est un contrat : mais n'est-il qu'un contrat ? Cette seconde question diffère visiblement de la première et il importe d'autant plus de les distinguer l'une de l'autre qu'on tend parfois à les confondre, en soutenant par exemple que le mariage n'est pas un contrat parce qu'il n'est pas que cela (1). Or nous nous sommes efforcés de montrer que le mariage était bien actuellement un contrat mais la notion de contrat qu'il enveloppe n'en épuise pas, ne peut pas en épuiser la réalité. Il y a, de cette limitation, une raison plus encore logique que juridique : c'est que le mariage ne se réduit évidemment pas à un contrat quelconque, à l'idée générale de contrat. En un certain sens indéfini, il n'est pas *un* contrat, puisqu'il ajoute à la notion contractuelle

1. Cf. Lefebvre, *op. cit.*, passim et notamment epr. n. 1 et 22.

abstraite toute une réglementation qui lui reste propre. Dire de lui qu'il est un contrat, ce n'est donc pas le définir, car la définition doit convenir à tout le défini et au seul défini *omni et soli definito*. Et nulle des deux conditions ne se trouvent satisfaites dans notre cas : en effet il est bien clair qu'il y a d'autres contrats que le mariage, et autre chose dans le mariage que le contrat. La formule contractuelle du mariage constitue donc tout au plus un commencement de définition dans lequel un genre lointain est énoncé sans les différences spécifiques.

Mais si le mariage ne se réduit pas à un simple contrat, comment sa formule contractuelle se distingue-t-elle de ses autres aspects et comment s'ajuste-t-elle avec eux ? C'est ce que nous voudrions chercher à présent.

I

Le mariage est assurément une institution complexe et qui se laisse sans peine envisager d'un grand nombre de points de vue différents. Son essence, l'union naturelle de l'homme et de la femme, a été interprétée au cours de l'histoire, suivant les idées du milieu et du moment, dans les sens les plus divers, cependant que la vaste et multiple réalité semble réconcilier dans son ensem-

ble, toutes ces interprétations. Pothier voyait deux choses dans le mariage : le contrat civil et le sacrement (1) ; saint Thomas d'Aquin en avait vu trois (2) : la *conjunctio*, le consentement, la propagation, etc. En réalité il y a dans le mariage précisément autant de choses qu'on en voit. On peut, tel l'ancien Droit Romain, concevoir essentiellement le mariage sous son aspect social, comme le moyen d'assurer la perpétuité de la famille et de la race (3) ; ou bien, avec le Droit chrétien, voir surtout en lui un lien moral entre deux personnes (4) ; on peut, si l'on est animé de préoccupations religieuses, les y transporter et en faire un mystère ou bien un sacrement (5) ; on peut encore le considérer comme une union fondamentale d'intérêts (6) ; on peut, à la manière des législateurs révolutionnaires, se refuser, par scrupule de liberté individuelle, à le déterminer autrement que comme un contrat. Et de fait le mariage constitue bien, selon le cas, un simple contrat, une association d'intérêts ou de vie, une

1. N. 15.

2. D. XXVII, art. 1.

3. Girard, *Manuel de Droit Romain*, pp. 133 et sqq.

4. Lefebvre, *op. cit.*, n. 7.

5. Girard, *op. cit.*, p. 149 (*confarreatio*) ; Lefebvre, *op. cit.*, n. 6.

6. Cf. la conception « réaliste » de Becque dans « Les Corbeaux ».

communion consacrée par un idéal religieux ou par un instinct familial. En lui-même il est tout cela à la fois : acte physiologique, institution sociale, cadre de vie morale, état juridique. Chaque individu, chaque siècle développe seulement, de préférence, tel ou tel de ces aspects.

Il résulte de là que, lors même que le mariage juridique ne serait qu'un certain contrat, le mariage ne serait pas pour autant ce simple contrat. — Et d'ailleurs, pas plus que dans le mariage, dans les autres états personnels ou même dans les contrats qui portent sur les choses, le côté juridique n'absorbe toute la réalité des actes considérés. Tous les états de Droit, en tant que tels, constituent autant de formes qui enveloppent nécessairement une matière, laquelle n'est pas, en elle-même, et à l'origine, juridique. Tous peuvent être considérés également soit comme des faits sociaux, soit comme des faits économiques, soit comme des faits psychologiques : ils expriment à leur manière certaines conditions de la vie sociale à un moment donné, certains désirs, certaines passions, intéressées ou sentimentales, générales dans le cœur des hommes ; ils relèvent du savant, de l'historien et aussi du romancier et de l'auteur dramatique en même temps que du juriste. Il y aurait donc quelque illogisme à soutenir que le mariage n'est pas un contrat parce

que sa réalité vivante transcende le point de vue juridique, sous lequel seul il peut être considéré comme tel (1). Tout ce que l'on doit conclure de ce fait, c'est qu'il n'est pas qu'un contrat. Et la même conclusion, répétons-le, s'impose nécessairement pour n'importe quel contrat, de telle sorte qu'il faudrait dire qu'il n'y a aucun contrat si l'on n'appelait de ce nom que des actes exclusivement juridiques comment qu'on les considère.

Mais, peut-on objecter, dans le mariage et dans les autres états personnels, le côté extra-juridique est visiblement plus important que la formule de Droit qui l'enveloppe. En est-il de même dans la plupart des contrats qui portent sur les choses ? On peut en douter d'abord et se demander s'il ne conviendrait pas de réserver le nom de contrats aux seuls actes juridiques qui sont principalement des contrats à l'exclusion de ceux qui ne le deviennent que secondairement (1).

Sans doute le mariage — ni les autres états personnels — ne sont principalement, essentiellement des contrats, au sens abstrait de ce terme, c'est-à-dire si l'on entend par là de purs accords de volontés suivis d'obligation, sans tenir compte des motifs et des mobiles qui se joignent à ces accords et à ces

1. Cf. Planiol, *op. cit.*, I, 693.

2. Lefebvre, *op. cit.*, pp. 31-32.

obligations pour leur donner en quelque sorte une âme : en ce sens il est bien clair que, pour quelque raison que l'on se marie... ce n'est pas pour faire un contrat.

Mais ce qui est vrai du mariage l'est encore ici de tous les contrats et même de tous les actes juridiques. D'aucun l'on ne peut dire que, considéré globalement, il constitue *surtout* un contrat, un acte juridique, car la forme de Droit apparaît toujours comme un simple moyen en vue d'une fin qui, en elle-même, n'est pas juridique (1) : est-il concevable qu'on vende pour obtenir l'obligation de l'acheteur, indépendamment des raisons d'autre nature qui font désirer acquérir le prix ? La cause *immédiate* des contrats est toujours distincte, en sa forme, de leurs motifs réels (2). Il reste vrai que des contrats tels que le mariage correspondent en général à des désirs et à des besoins plus personnels que les contrats sur les choses, encore que les considérations d'intérêt pécuniaire y soient largement représentées ; de même et en gros les contrats sur les choses expriment surtout des appétits de lucre ou de propriété, mais inverse-

1. On objectera peut-être l'existence des contrats accessoires qui tendent bien à un acte juridique, au contrat principal : mais ce contrat lui-même, et par suite indirectement les actes accessoires qu'il implique, à quoi tendent-ils ?

2. Cf. Baudry, II, 847 ; Planiol, II, 1037 et sqq.

ment les passions personnelles, l'ambition, la jalousie, etc... y jouent parfois un grand rôle. En résumé les contrats sur les personnes et les contrats sur les choses ne consacrent pas tous, ni toujours les mêmes tendances humaines ; mais, pas plus les derniers que les premiers ne sont essentiellement des contrats, *car jamais un contrat en tant que tel n'a sa raison d'être en lui-même.*

Nous sommes, de la sorte, amenés à comprendre quel rapport véritable l'on rencontre entre un contrat proprement dit et la réalité correspondante, plus spécialement entre le mariage-contrat et le mariage. Ce rapport que la loi semble côtoyer lorsqu'elle traite de la « cause des contrats » (1) constitue bien lui-même une sorte de lien de causalité : le contrat apparaît comme un effet de désirs et de volontés qui se manifestent en lui. Mais s'il est un effet, il n'est pas une fin : les volontés ne tendent vers un contrat que parce qu'il leur permet de s'exprimer légalement en lui, et, en ce sens, il apparaît lui-même comme un simple moyen de réalisation sociale de ces volontés qui le traversent. En réalité le contrat — et même plus généralement l'acte juridique — sont seulement, en tant que juridiques, des formes vides que la loi impose pour des raisons

1. C. c., l. III, t. III, ch. II, sect. IV.

diverses à l'expression de certaines tendances des hommes. Mais ces formes impliquent une matière ; et elles ne peuvent pas se passer de celle-ci bien que celle-ci puisse se passer d'elles. Il est loisible de concevoir une société dans laquelle le mariage échappe à toute réglementation légale, mais non une réglementation légale quelconque du mariage sans un substrat réel qui la fonde et la détermine. C'est dire que le mariage juridique est simplement le résidu et le symbole légal du mariage réel ; c'est dire aussi que ce symbole subit nécessairement toujours de quelque façon l'influence de la réalité qu'il représente.

II

Comment donc, maintenant, se traduit cette influence du mariage réel sur la forme juridique du mariage ?

Il convient d'abord de remarquer que la nature de cette forme même dépend des tendances et des croyances correspondantes. Une certaine conception patriarcale de la famille, étouffant le libre jeu des individualités sous les nécessités de la contrainte sociale, entraîne une institution juridiquement autoritaire du mariage, autoritaire dans sa formation, autoritaire dans son organisation (1). L'idée de la

1. Cf. Girard, *op. cit.*, pp. 132 et sqq.

valeur absolue de la personne humaine et de son plein droit de disposer d'elle-même se manifeste par l'adoption de formes plus libres de l'union conjugale, qui, sous des différences de noms dont on a peut-être exagéré la portée fondamentale (1) — *verba de presenti* ou contrat par exemple — se ramènent à une libre acceptation des obligations matrimoniales par les conjoints.

Mais que l'on adopte l'un ou l'autre de ces deux cadres juridiques — acte contraint, acte partiellement libre, contrat où engagement — chacun reste en lui-même général et vide, susceptible de s'appliquer identiquement à une multitude d'actes distincts. Et certes l'on pourrait concevoir que la loi définit simplement ces formes et répartit entre elles les actes dont elle s'occupe. Alors, mais alors seulement, on aurait le droit de dire que juridiquement le mariage n'est qu'un contrat. Mais une réglementation si vague et si rudimentaire manquerait, par là même, de valeur pratique et efficace.

Aussi le législateur tient-il toujours compte, en quelque mesure, des conditions matérielles des actes juridiques, érige-t-il en règles de Droit certaines nécessités de fait ou certaines données de la coutume courante. Ces règles, qui viennent se greffer sur la

1. V. Lefebvre, *op. cit.*, n. 7, p. 13.

forme juridique générale, ne se laissent pas déduire d'elle, mais lui donnent, par juxtaposition, une physiologie originale dans chaque cas. Peut-on, par exemple, tirer de la notion de contrat les dispositions relatives à l'âge de puberté légale ? Evidemment non, et précisément à cause de cela, ces dispositions, à côté de bien d'autres du même genre, donnent au mariage-contrat une individualité qui ne se confond avec celle d'aucun autre contrat. A prendre les termes dans toute leur rigueur, il n'est donc pas exact, même aujourd'hui, comme le voulait la Constituante, que « la loi ne considère le mariage que comme contrat civil ». Ainsi le mariage juridique manifeste l'influence de la réalité correspondante et par la nature seule de sa forme de Droit et par l'addition à cette forme de dispositions particulières propres à cette réalité. Il reste seulement que, selon l'époque, le Droit s'immisce plus ou moins dans le domaine des mœurs — et que, par là même, un acte comme le mariage tend plus ou moins — sans jamais atteindre à la limite. — à n'être qu'un contrat.

En effet une institution juridique déterminée exprime plus ou moins directement, plus ou moins complètement l'état qui la fonde. Et une évolution assez générale peut être notée ici dans les relations des symboles légaux à la réalité. Une institution juridique, en tant que telle, semble d'abord insépara-

ble de ce qu'elle réglemente ; et il est assez naturel de la considérer comme le reflet d'autre chose qu'elle-même ; cette première attitude, la plus simple, fut aussi, souvent, celle des anciennes législations. Cependant la tendance de l'esprit vers l'analyse, la division du travail intellectuel, la séparation des points de vue, amenèrent facilement à perdre de vue, sinon réellement, du moins explicitement, cette dépendance du Droit par rapport à ce qui n'est pas lui, à poser de plus en plus, tant dans leur forme que dans leur existence, les règles juridiques comme *autonomes*. La théorie du mariage nous offre de cette évolution vers une conception analytique et distincte du Droit un bien typique exemple que pourrait corroborer l'étude de beaucoup d'autres actes juridiques.

Ainsi peut-il y avoir mariage juridique, sans qu'il y ait mariage réel ? Le bon sens immédiat, et telle législation commençante — répondent par la négative. Cependant, et par suite du développement de l'état d'esprit indiqué ci-dessus, tout à peu près peut se passer actuellement dans notre Droit comme si le mariage-contrat n'était qu'une institution juridique (1). Notre Code ne définit pas le mariage qu'il réglemente ; à la vérité cette omis-

1. Sous réserve notamment de l'art. 214 du C. c.

sion s'explique aisément par le caractère tout pratique de l'œuvre légale ; mais le silence sur ce point ne revêt précisément un caractère pratique que parce que la loi n'envisage pas le mariage en lui-même. Le mariage légal se forme par un simple échange de consentements devant l'officier de l'état civil (1) et les formalités relatives à sa célébration n'ont d'autre objet que d'assurer la liberté et la publicité du consentement des parties. De même qu'il peut y avoir union de fait sans consécration légale, le mariage peut exister sans union naturelle ou morale entre les conjoints : l'impuissance en tant que telle, la simple incompatibilité d'humeurs ne sont pas considérées comme causes de nullité du mariage (2) ou de divorce (3). Le mariage juridique commence avec tous ses effets à partir du moment de la célébration légale, sans égard à celui de la consommation. Plus que jamais l'on peut appliquer à l'institution matrimoniale le mot d'Ulpien : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*.

Comparons cependant ce type juridique abstrait de mariage avec ceux d'autres législations moins évoluées ; le contraste est parfois frappant. A cer-

1. C. c , art. 165 et sqq.

2. Cass., 15 avril 1862 ; Cass., 6 avril 1903.

3. Cf. abrogation de l'article 233 du C. c. par la loi du 27 juillet 1884.

taines époques la célébration du mariage sert à exprimer symboliquement l'état nouveau qu'elle inaugure ; c'est par exemple l'enlèvement fictif de la femme par le mari, ou dans la *coemptio* de l'ancien Droit romain (1) une sorte de *mancipatio* sous les formes de laquelle s'affirme concrètement l'acquisition par le mari de l'autorité sur la femme, ou encore dans la *confarreatio* (2) une cérémonie mystique de communion entre les deux époux. Bien loin que la formation du mariage de Droit soit toujours indifférente à celle de l'union de fait, cette union peut, en se prolongeant, se transformer elle-même par prescription en mariage, comme dans le cas de l'*usus* romain (3). Déjà dans le Droit romain plus récent le mariage devient indépendant de la cohabitation, mais c'est une question de savoir s'il peut dès lors se former par le simple échange de volontés, s'il n'exige pas de plus une certaine possession d'état, un certain genre de vie entre les deux époux (4). Inversement l'on admet à d'autres époques que le mariage juridique ne commence qu'avec l'union charnellement consommée, c'est par exemple la théorie de Gratien (5) et c'est la règle dite « de la

1. Girard, *op. cit.*, pp. 149-150.

2. Girard, *op. cit.*, p. 149.

3. Girard, p. 150. Cpr. C. c., art. 181.

4. Girard, *op. cit.*, pp. 151-152.

5. Lefebvre, *op. cit.*, p. 14, note 1.

« nuit de nocces » suivie par certaines de nos vieilles coutumes. La stérilité de la femme, par exemple dans l'ancien Droit romain, l'impuissance du mari dans certaines phases du nôtre, sont regardées, en elles-mêmes, comme des causes de répudiation ou de nullité.

Répétons d'ailleurs que cette évolution du concret vers l'abstrait n'a rien de particulier, en Droit civil, au mariage ni même aux états personnels. C'est ainsi notamment que, de nos jours, en matière réelle, « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes » (1), en d'autres termes que le seul consentement suffit pour transférer la propriété ou un Droit réel. On sait comment à Rome la tradition, sous une forme quelconque, était nécessaire pour opérer le transport de la propriété, comment des traditions de caractère fictif, traditions feintes, clauses de des-saisine-saisine dans notre ancien Droit, ont opéré la transition entre le système du transfert réel ou tout au moins réellement symbolique et le système actuel du simple consentement. On pourrait faire des remarques analogues dans d'autres branches du Droit : par exemple en Droit commercial, en Economie politique, pour les formes de l'échange des

1. C. c., art. 1138. Cf. Baudry, II, n. 871.

valeurs dont la structure, de plus en plus abstraite, tend à se réduire à un simple jeu de titres ou de signatures, avec le minimum possible de déplacements réels; par exemple en Droit public, où la considération des personnes morales et des fonctions vise juridiquement à se substituer à celle des personnes réelles. Et l'on pourrait se demander si ces exemples, et beaucoup d'autres encore, n'autoriseraient pas la généralisation suivante, à savoir *que le Droit tend dans l'ensemble à passer du symbolisme concret au symbolisme abstrait*. De plus en plus les formes juridiques du Droit Civil, tout en ne cessant d'exprimer des réalités sociales, tendent à s'abstraire de ces réalités. Les juristes font comme des mathématiciens qui d'abord calculeraient sur des objets visibles et tangibles, puis sur des symboles numériques et algébriques sans cesse plus vides en eux-mêmes, quoique pouvant correspondre à des réalités.

Et nous saisissons ici le sens profond de l'attitude révolutionnaire — et actuelle — du législateur vis-à-vis du mariage. Il n'ignore assurément pas qu'il y a dans cette institution bien d'autres éléments que des rapports de Droit. Mais systématiquement, il ne veut pas les y voir. Législateur, il n'envisage le mariage que comme un acte juridique, « que comme un contrat ». Historiquement, cette formule des Constituants traduit bien la tendance

générale de la mentalité juridique révolutionnaire, éprise d'idées claires et tranchées, à insister sur les analyses et les distinctions au détriment même de leur contre-partie nécessaire de combinaison et de synthèse. Ainsi les Constitutions de l'époque intermédiaire, conformément à la tradition de Montesquieu, s'occupent de séparer aussi complètement que possible les pouvoirs, mais se soucient peu de les accorder entre eux. Et cette tendance elle-même cadre bien avec les préoccupations alors dominantes de liberté résultant d'une organisation nette et distincte sans empiètement réciproque des pouvoirs ni des fonctions. Mais une telle formule est susceptible également de prendre une portée logique généralé : elle veut dire en effet que le juriste ne doit, en tant que tel, envisager un fait quelconque que par les côtés par lesquels il rentre dans les formes du Droit. Cette limitation ne lui est-elle pas imposée par la définition même de sa science ? et ne se retrouve-t-elle pas d'ailleurs commune aux autres disciplines ? De même que le géomètre ne considère et ne saurait considérer dans un objet que sa forme et sa grandeur, de même que le physicien et le biologiste ne tiennent pas compte des caractères psychiques des corps qu'ils examinent ; de même le juriste enchaîné par la formule générale de son étude n'a, dans les actes des hom-

mes, à retenir que les éléments de volonté qui tombent sous la réglementation sociale, si peu importants d'ailleurs que ces éléments puissent être par rapport à l'ensemble de ces actes.

Cette conception autonome d'un acte de Droit comme le mariage, n'a rien sans doute que d'acceptable. Mais faut-il encore que le juriste la connaisse et la reconnaisse, et qu'il ne prétende pas épuiser la réalité de ce qu'il étudie. C'est d'ailleurs ce que le Code civil semble faire dans sa méthode générale d'interprétation des conventions (1) en subordonnant la forme des contrats à leur matière (2), aux intentions des parties (3) et à l'usage (4) *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation* (5) *d'après sa nature*. De plus, ainsi que nous l'avons noté (6), une théorie juridique réelle n'est jamais seulement construite avec de purs concepts de Droit. Les éléments de fait y entrent toujours, dans une certaine mesure, comme composantes. Aussi la nature réelle du mariage se manifeste-t-elle au sein de notre Droit lui-même,

1. Sect. V ; ch. III ; T. III ; l. III.

2. Art. 1157, 1158.

3. Art. 1156, 1163, 1164.

4. Art. 1159, 1160.

5. Art. 1135.

6. Cf. *supra*, p. 71.

en ce sens que certaines nécessités physiques ou morales du lien conjugal sont implicitement tournées ou explicitement érigées en règles de Droit (différence de sexe des conjoints, âge de puberté légale, devoirs des époux entre eux, etc...). Sans doute, à la différence de ce qui s'est passé dans d'autres phases du Droit, ces nécessités naturelles ou morales sont considérées de nos jours, non pas directement en elles-mêmes, mais en tant qu'elles constituent des règles juridiques ou qu'elles peuvent être rattachées à de telles règles. Il y a un âge général de puberté légale indépendant des différences individuelles (1) des devoirs légaux des époux entre eux quels que soient leurs caractères et leurs conditions. L'impuissance ou la non-consommation du mariage peuvent devenir des causes de divorce, mais parce qu'on les ramène à quelque cadre juridique, par exemple au dol qui vicie le consentement ou à la non-exécution des obligations. La cohabitation de l'article 181 ne fonde pas le mariage, mais elle couvre l'action en nullité à titre de ratification tacite du contrat (2). *Le législateur ne considère que le Droit, mais il érige souvent en Droit le fait.* Et même quelquefois il tient plus directement

1. Cf. cependant les art. 145 et 185-2°.

2. Cpr. C. c., art. 196.

compte du fait en l'introduisant sous forme de possibilités d'exceptions particulières dans les règles de Droit (1). Même juridiquement il est donc inexact de dire que le mariage ne soit qu'un contrat : de ce simple point de vue, il enveloppe beaucoup d'autres dispositions qui n'ont rien de contractuel en elles.

Ainsi l'attitude trop absolue des législateurs révolutionnaires a le tort de négliger la continuité réelle du Droit et du fait, les rapports nécessaires, — sous quelques symbolismes qu'ils s'expriment, — entre la loi et la vie. Le mariage n'est pas seulement un contrat, car il n'est pas seulement un acte juridique ; le mariage juridique n'est pas seulement un contrat, car il tient nécessairement compte dans ses dispositions de la nature et des mœurs. Et, par là même, on ne peut voir dans le mariage un simple contrat, sans omettre à la fois ce qu'il y a de plus permanent et de plus vivant et mobile en lui — d'une part le fait naturel, antérieur, au moins logiquement, à toute organisation de Droit (2), d'autre part les réglementations juridiques diverses que les mœurs variables d'époque à époque, de pays à pays, vien-

1. Ex. relatifs au mariage : art. 145 ; art. 164 ; art. 169 ; art. 185.

2. Cpr. Lefebvre, *op. cit.*, n. 20.

Durand

nent déposer dans le même cadre général du mariage-contrat. En aucun sens, l'on ne peut donc dire rigoureusement de nos jours : « le mariage n'est qu'un contrat ». Concluons plutôt qu'il constitue une réalité naturelle et sociale, dont certains aspects sont fixés par la loi et qui s'exprime juridiquement dans son ensemble, à l'époque actuelle, par la forme du contrat.

CHAPITRE IV

REMARQUES SUR LA THÉORIE CONTRACTUELLE DU MARIAGE EN DROIT CIVIL FRANÇAIS ACTUEL

Nous avons essayé de montrer quel intérêt pouvait présenter, notamment par les idées morales qu'elle soulève, la question de la nature contractuelle du mariage. Cette même question est susceptible, nous le savons déjà, d'offrir un second intérêt relatif aux applications juridiques positives qu'on déduit de la formule générale du mariage-contrat. Or le principe de cette déduction, imposé par la seule logique formelle, est, nous l'avons vu, le suivant : tout ce qui est vrai du contrat en général et seulement cela doit être vrai de n'importe quel contrat. Ce principe n'est autre chose d'ailleurs en lui-même que le *dictum de omni et nullo*, le fondement même du syllogisme et de la déduction, appliqué dans un cas particulier.

Il résulte de ce principe que la formule contractuelle du mariage possède une portée juridique

positive dans la mesure exacte où la notion générale de contrat est déterminée et développée par la loi, où il existe une théorie générale du contrat. Or une pareille théorie se rencontre-t-elle dans notre Droit Civil actuel ?

Oui, assurément, si l'on en juge par les rubriques, par la lettre de notre Code. Le Titre III du Livre III du Code Civil est intitulé : « Des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en général ». Et au début du même Titre, après avoir défini le contrat (1) et quelques espèces du contrat (2), le législateur semble consacrer formellement la généralité des dispositions qui vont suivre lorsqu'il ajoute (3) : « Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre ».

Mais, comme nous nous sommes efforcés de le montrer plus haut (4), cette généralité est toute pratique. Et, à cause de cela même, la théorie contractuelle du Code dans maintes de ses règles, ne vise que les contrats qui portent sur les choses et n'englobe réellement qu'eux. Le législateur ayant d'autre part organisé des contrats sur les personnes,

1. Art. 1101.

2. Art. 1102, 1103, 1104, 1105, 1106.

3. Art. 1107.

4. Cf. *supra*, pp. 29 et sqq.

il semble que l'on puisse en conclure d'abord qu'il existe sur cette matière entre l'œuvre juridique et sa formule une contradiction latente, ensuite qu'au point de vue général des personnes et des choses réunies, on ne trouve pas dans notre Droit civil de théorie continue, intégralement applicable à tous les contrats, notamment à ceux qui ont les personnes pour objet, tel que le mariage (1).

Cependant il ne faudrait exagérer ni cette contradiction, ni cette lacune de la loi. En effet l'unité réelle de la notion morale de contrat et la logique profonde de la raison juridique font que les règles édictées pour les conventions sur les choses se rencontrent plus d'une fois en accord avec tous les contrats y compris ceux que l'on appelle des actes de l'état-civil. Si l'application des règles contractuelles générales au mariage n'est pas toujours possible, elle n'est pas non plus constamment impraticable, tant s'en faut : parfois leur lettre, plus souvent leur esprit s'accordent avec la réglementation de l'institution matrimoniale.

Ceci posé, l'on peut concevoir une théorie contractuelle juridique du mariage sous deux formes principales, soit déductive et allant des règles du contrat à celles du mariage, soit inductive et remon-

1. Cf. *supra*, pp. 34-36.

tant des dispositions du mariage à celles du contrat.

I

Envisagée de la première façon la théorie contractuelle du mariage consisterait à passer en revue les dispositions sur les contrats en général et à rechercher si chacune d'elles s'applique à l'état conjugal et comment elle s'y applique. Le reste des règles matrimoniales non expliquées de cette manière devrait être rapporté à la nature même du mariage et à ce qu'il y a de particulier en elle. — Une telle méthode, théoriquement la plus parfaite, présente, dans la réalité de la loi, de gros inconvénients en partie déjà signalés. Les déductions du contrat à tel contrat, surtout personnel, ne sont pas toujours possibles et une théorie contractuelle déductive des actes personnels resterait forcément fragmentaire, inachevée et par suite un peu cahotique. Lors même qu'elles se laissent tirer par raisonnement abstrait, ces déductions, nous l'avons également noté, demeurent parfois visiblement artificielles, contraires à l'esprit direct de la loi, tournent facilement à la pure transposition des termes ; et une théorie contractuelle des actes personnels qui se voudrait complète et systématique risquerait souvent, comme telle jurisprudence, de

déformer le sens réel des textes à force de leur chercher un sens profond, de verser dans une arbitraire subtilité. Enfin il est certaines dispositions préliminaires ou fondamentales des contrats qui semblent convenir sans difficulté à toute espèce de contrats, être véritablement générales. Mais, comme rien n'avertit *a priori* qu'elles soient telles, leur présence, en autorisant des déductions strictement logiques à partir du contrat sans en déterminer les limites, ne fait qu'augmenter la confusion sur les procédés à suivre en la matière. Ainsi l'on n'est jamais sûr, avant recherche, qu'une disposition quelconque du contrat s'applique réellement à tel contrat et par conséquent la théorie contractuelle d'un acte comme le mariage doit être, à chaque instant, vérifiée, limitée, corrigée par la considération directe de la réglementation de cet acte.

Il ne saurait entrer dans notre cadre de construire, selon la marche indiquée ci-dessus, toute une théorie du mariage-contrat, semblable théorie devant soulever par sa nature même, à côté d'une multitude de questions de détail, à peu près tous les problèmes généraux du Droit Civil. Nous voudrions simplement dessiner le plan d'ensemble de cette théorie, faire en gros le départ entre les dispositions vraiment fondamentales qui conviennent à l'institution conjugale comme à tous les autres

contrats et celles qui ne lui conviennent point, et, retenant certaines d'entre elles, chercher de quelle façon elles s'appliquent à l'organisation juridique du mariage, ou s'en écartent, ou s'y opposent.

La définition du contrat de l'article 1101 s'accorde, nous avons tâché de l'expliquer en détail (1), avec le mariage qui implique bien convention et obligations résultantes. Mais des distinctions qui suivent entre contrats, une seulement, celle des contrats synallagmatiques et des contrats unilatéraux convient naturellement à l'institution matrimoniale. La rubrique (2) « Des droits et des devoirs *respectifs* des époux » et surtout la teneur de l'article 212 qui porte que « les époux se doivent *mutuellement* fidélité, secours, assistance », l'énumération des obligations du mari et de celles de la femme au cours des articles suivants (3) indiquent assez que le mariage est un contrat bilatéral. Et il est même un contrat synallagmatique parfait puisque les devoirs des conjoints résultent seulement, donc immédiatement de leur qualité de conjoints (4). Il y a plus de difficulté pour décider si le mariage constitue un contrat commutatif ou aléa-

1. Cf. *supra*, pp. 48 et sqq.

2. Chapitre VI, Titre V, Livre I.

3. Notamment art. 213 et 214.

4. C. c., art. 212. Cpr. art. 203.

toire : il semble qu'on le puisse accorder avec la définition du contrat commutatif, car chaque conjoint s'engage bien en somme à faire des choses qui sont regardées comme l'équivalent de ce que l'autre conjoint fait pour lui (1). Mais, d'autre part, on ne peut pas dire que le mariage soit le contraire d'un contrat aléatoire, car, de quelque façon qu'on interprète celui-ci (2), il suppose pour une seule partie ou pour toutes, chance de gain ou de perte d'après un événement incertain. Or, à proprement parler, il n'entre pas dans le mariage acte personnel, de considérations de perte ni de gain. Que si, par une extension hardie des termes, on entend par chances de gain ou de perte les chances comparées de bonheur, de malheur — ou même plus précisément d'enrichissement et d'appauvrissement — que les circonstances peuvent du fait du mariage, entraîner pour chaque conjoint, on a le droit de soutenir inversement que le mariage se ramène à un contrat aléatoire. Mais il est clair que cette interprétation toute littéraire s'écarte de l'esprit du Code. Cependant, si le mariage ne représente pas le contraire d'un contrat aléatoire, peut-on le considérer encore comme un contrat commutatif? Et la diffi-

1. V. C. c., art. 212 (obligations identiques de part et d'autre), 213 et 214 (obligations corrélatives).

2. Cpr. C. c., art. 1104, al. 2 et art. 1964.

culté de le classer dans l'une ou l'autre catégorie ne vient-elle pas au fond de ce que toutes les deux, plus clairement dans le cas du contrat aléatoire, sous une forme plus voilée et plus ambiguë dans celui du contrat commutatif visent uniquement au fond les contrats d'intérêt et non les actes personnels ? Enfin l'on ne saurait considérer l'institution matrimoniale comme un contrat à titre onéreux, ni comme un contrat de bienfaisance, car cette distinction suppose elle aussi et tout à fait explicitement l'idée d'avantage pécuniaire, de gain, spéciale aux contrats de choses, étrangère au mariage juridique.

Les conditions essentielles pour la validité des conventions se retrouvent, quant à leurs formules générales, dans la contexture du mariage, soit que le législateur les y énonce expressément, comme le consentement des parties et leur capacité de contracter, soit qu'elles résultent implicitement de la seule nature de l'état conjugal, comme l'objet certain et la cause licite.

La loi exige en général le consentement de la partie qui s'oblige (1), donc des deux conjoints pour le mariage : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » (2). Deux des vices

1. C. c., art. 1408.

2. C. c., art. 146.

généraux du consentement qui peuvent entraîner l'action en nullité — la violence et l'erreur — l'entraînent en matière conjugale (1). « L'erreur, porte l'article 1110, n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ». Et, comme cette dernière hypothèse se trouve vérifiée dans le cas du mariage, l'erreur sur la personne du conjoint y devient fort logiquement un motif de rescision (2). Il est à noter cependant que des considérations plus concrètes d'ordre social, touchant la nécessité de maintenir aussi stable que possible l'union matrimoniale, ont amené la jurisprudence à préciser limitativement la portée de ces dispositions lorsqu'il s'agit du mariage en n'entendant alors par erreur sur la personne que l'erreur sur l'individualité physique et civile de l'époux, indépendamment de qualités, même substantielles par rapport à l'état conjugal (3). — De plus le consentement des époux doit être libre (4) : c'est dire que la violence vicie

1. Cpr. C. c., art. 1109 et 180.

2. C. c., art. 180.

3. Cpr. C. c., art. 1116, al. 1 et Cass. 6 avril 1903, 15 avril 1862; 24 avril 1862.

4. C. c., art. 180.

le mariage-contrat. Et les règles de simple bon sens énoncées dans l'article général 1112 sur l'appréciation de cette violence trouvent une application naturelle en fait de mariage, comme en toutes autres matières. Par contre la violence exercée sur l'époux ne constitue pas une cause de nullité du contrat conjugal lui-même (1). Quant à la seule crainte révérentielle envers les ascendants qui ne suffit point d'ordinaire pour donner l'action en rescision (2), elle n'annule point non plus sans doute le mariage ; cependant la nécessité pour le mineur d'obtenir le consentement de ses ascendants afin de convoler en justes noces (3) et les notifications qui doivent être faites dans certains cas par l'enfant majeur à son père et à sa mère (4) représentent des empêchements dirimants ou prohibitifs de mariage (5). Or de telles dispositions ne consacrent-elles pas, au moins sous certains de leurs aspects, la crainte révérentielle que les descendants doivent avoir pour leurs parents ? Ici la législation matrimoniale dépasse, sans d'ailleurs la contredire, la théorie contractuelle générale, et la nature propre

1. Cpr. C. c., art. 1113 et 180 (opposition).

2. C. c., a. 1114.

3. C. c., art. 148 et sqq.

4. C. c., art. 151.

5. C. c., art. 156, 157, 182, 183.

du mariage, acte essentiellement familial, réapparaît dans sa réglementation. Enfin l'article 1113 qui porte que la violence (et sans doute aussi l'erreur) peuvent être couvertes par approbation expresse ou tacite du contrat reçoit une confirmation directe dans l'article 181, où cette approbation tacite est constituée par une cohabitation continuée de six mois depuis le recouvrement de la liberté ou la découverte de l'erreur. Mais la troisième cause de nullité générale du consentement indiquée par le législateur dans l'article 1109 — le dol — à moins qu'il ne puisse se réduire à l'erreur ou à la violence (1) semble rester, en lui-même, sans influence sur la validité de la convention dans le mariage (2). Le souci de la permanence de l'union conjugale ainsi que le caractère intrinsèque de cette union se découvrent encore ici et viennent limiter les règles générales de Droit. *A fortiori*, la lésion ne vicie-t-elle pas la convention matrimoniale : du reste le législateur la présente lui-même comme une cause particulière de rescision (3), et c'est donc par un relâchement de méthode qu'il s'occupe d'elle au cours de la théorie générale des contrats (4); il y a notam-

1. Cf. C. c., art. 1116.

2. Cf. en ce sens, Baudry, I, 587, Planiol, I, 1037 et 1083.

3. C. c., art. 1118.

4. C. c., L. III, T. III, ch. V, sect. VII.

ment contradiction patente entre la formule initiale de cette théorie (1) et la place de l'article 1118 dans le Titre III du Livre III du Code. — D'autre part le mariage, par sa nature d'acte personnel strict vérifie pleinement la disposition de l'article 1119, à savoir que l'on ne peut en général s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même (2). Mais, il s'oppose à l'article 1120 suivant qui exprime précisément le contraire en disant qu'on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci : ce dernier article ne vise bien évidemment que les contrats sur les choses. Nous remarquerons de même que l'article 1122 qui pose comme présomption générale qu'on stipule pour soi et pour ses héritiers et ayant-cause, contient une exception qui le nie, lorsqu'il ajoute : « à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention » — ce qui est précisément le cas pour le mariage. Un tel article est de ceux avec lesquels les actes de Droit les plus divers peuvent s'accorder — mais parce qu'il énonce à la fois une règle et son opposée. — Ainsi, dans l'ensemble, les dispositions générales sur le consentement sont valables pour le mariage ;

1. C. c., art. 1107.

2. C. c., art. 146.

cependant les nécessités sociales et familiales de l'état conjugal d'une part, et de l'autre la tendance du législateur à considérer les seuls contrats de choses, tendance plus explicite dans certains articles que dans d'autres, viennent limiter ça et là ces applications.

La capacité des parties contractantes — seconde condition essentielle des contrats — est érigée par l'article 1123 en règle générale. Conformément à ce point de vue, le législateur mentionne seulement dans le Titre V du Livre I^{er} des incapacités de mariage. Mais ces incapacités ne correspondent pas exactement à celles qu'il indique à l'article 1124, lorsqu'il est question des contrats en général. Les incapables de contracter sont, d'après cet article, d'abord les mineurs. On a fait remarquer que, même par rapport aux biens, il est faux que les mineurs soient incapables de contracter (1), mais seulement plutôt qu'ils sont juridiquement incapables de se léser par contrat (2). En fait de mariage, le mineur, à partir de dix-huit ans révolus, s'il s'agit d'un homme, de quinze ans s'il s'agit d'une femme, est capable de contracter (3). Et, sans doute, sa capacité se trouve limitée jusqu'à l'âge de sa

1. Baudry, II, n. 831 ; Planiol, II, n. 1083.

2. Cpr. art. 1305.

3. C. c., art. 144.

majorité par la nécessité d'obtenir le consentement de ses ascendants (1). Mais elle n'en existe pas moins sous la condition suspensive de ce consentement ; et si le mineur était incapable de contracter mariage, il ne pourrait pas devenir capable de le faire par une autorisation de ses ascendants. Au reste, et en réalité, la détermination de l'âge matrimonial obéit à d'autres considérations qu'à celles qui touchent la notion de contrat, à des considérations physiologiques et sociales, comme le prouve par exemple la différence de l'âge de puberté légale (2), et jusqu'à la loi du 27 juin 1907, de majorité matrimoniale (3) entre l'homme et la femme. Une fois de plus ici la déduction devient impossible entre la disposition abstraite, d'ailleurs textuellement inexacte de la théorie du contrat et la réalité vivante du mariage. L'article 1124 range ensuite les interdits dans la catégorie des incapables de contracter. Bornons-nous à rappeler que, malgré cette disposition et celle de l'article 502, il reste douteux pour certains auteurs que l'interdit, en tant que tel, ne puisse pas contracter mariage dans un moment lucide (4). Bien plus la jurisprudence sem-

1. C. c., art. 148 et sqq.

2. C. c., art. 144.

3. C. c. ancien, art. 148.

4. Cf. Baudry, I, n. 1379.

ble se prononcer ici pour l'affirmative (1) en écartant l'article 502 comme ne visant que les intérêts pécuniaires et en ne tenant pas compte de l'article 1124, ce qui lui permet de conclure qu'il n'y a pas de texte formel qui prononce la nullité du mariage de l'interdit. On peut se demander, il est vrai, s'il ne vaudrait pas mieux, dans le seul intérêt du mariage et de la race, se conformer en l'espèce à la logique du Code (2) et appliquer intégralement l'alinéa trois de l'article 1124 et la disposition plus particulière de l'article 502 à l'institution matrimoniale. D'autre part il est bien évident que le législateur n'a pas en vue l'état conjugal, lorsqu'il parle en troisième lieu de l'incapacité des femmes mariées. Cette incapacité, qui dérive du mariage ne peut nullement s'appliquer à lui-même puisque la femme qui le contracte est nécessairement non-mariée (3). Et son incapacité subséquente représente simplement certaines des obligations découlant de l'existence antérieure du contrat conjugal. Enfin le Code réserve avec juste raison les conditions particulières à tel ou tel acte contractuel, en terminant sa liste des incapables par la mention de « tous ceux à qui la loi interdit certains contrats ». On peut seulement

1. Cf. Baudry, I, n. 1380, pp. 730 et sqq.

2. Cf. en ce sens Planiol, I, n. 2079.

3. C. c., art. 147.

se demander si cette formule ne rend pas inutiles les trois termes de l'énumération précédente, ni l'incapacité du mineur, ni celle de l'interdit, ni celle de la femme mariée n'étant en réalité absolument générales et sans exceptions. Remarquons plus particulièrement qu'en ce qui concerne le mariage, aucun des termes de cette énumération, nous avons tâché de le montrer, ne s'applique adéquatement, que les limitations à la capacité générale de contracter dérivent seulement ici de la nature propre de l'acte considéré, rentrent donc bien uniquement dans la formule terminale de l'article 1124. Ces limitations, outre celles qui viennent du défaut d'âge, ont leur source dans des sentiments actuels très forts relatifs aux liens de famille, entraînant empêchement de mariage entre certains parents et alliés (1). En somme, on le voit, les difficultés d'application des règles du contrat à l'état conjugal découlent surtout ici des imperfections juridiques de rédaction que l'on rencontre dans les textes généraux du Code.

Nous ne nous étendrons pas longuement sur la troisième condition essentielle de la validité des conventions — l'objet et la matière du contrat — dont nous avons déjà parlé plus haut dans son

1. C. c., art. 161-163.

rapport au mariage (1). Résumons-nous. Nous tenons que le mariage a pour objet des obligations de faire et de ne pas faire. L'objet de ces obligations est principalement la personne même des conjoints, leur personne physique et leur personne morale. Cette interprétation paraît conforme à la définition de l'objet des contrats (2) combinée avec les dispositions relatives aux droits et devoirs respectifs des époux (3). Par contre aucun des articles qui suivent la définition générale de l'objet du contrat (4) n'a de signification précise dans le cas du mariage : la raison fort claire en est que ces articles visent exclusivement les choses. Et ainsi se manifeste, avec tout le grossissement désirable, une différence assez constante quant à la portée relative des diverses règles du Titre des Contrats. Ordinairement les dispositions initiales, surtout les définitions conviennent réellement à tout contrat : par exemple les quatre conditions essentielles des contrats se retrouvent, sous leur forme schématique, dans le mariage. Au contraire le développement de ces dispositions et de ces définitions est souvent, malgré la rubrique générale du Titre, dirigé dans le sens plus

1. Cf. *supra*, ch. II, par. I.

2. C. c., art. 1126.

3. C. c., art. 212 et sqq.

4. C. c., art. 1127-1136.

restreint des seuls contrats pécuniaires. D'où vient donc cette différence ? C'est sans doute que dans le conflit entre la généralité proclamée de la théorie contractuelle et la tendance pratique prédominante d'application aux choses qui caractérise cette même théorie, les définitions et les cadres d'ensemble marquent pour ainsi dire le terrain neutre de transition où la pratique acquiert sans cesser de rester elle-même une valeur théorique vraiment générale, où tous les contrats se rencontrent et doctrinalement et réellement aussi. Par contre, au cours des développements qui suivent l'opposition entre la généralité pratique et la généralité théorique réapparaît ; le législateur sacrifie implicitement la seconde à la première et ses dispositions traduisent en règles de Droit son état d'esprit. Ainsi, même les actes personnels, comme le mariage, s'accordent avec les formes générales de la théorie du contrat. Sa charpente juridique, si l'on peut dire, est la leur. Mais ils diffèrent de cette théorie non pas seulement dans leurs détails ce qui est nécessaire, mais aussi dans les siens, ce qui heurte une stricte logique de Droit.

La même attitude pratique se retrouve dans la réglementation de la quatrième condition essentielle des contrats, de la cause des obligations (1). Il est à

1 C. c., art. 1108 ; al. 5.

remarquer que le législateur ne définit pas la notion même de cause, la supposant sans doute en elle-même trop doctrinale, et peut-être à tort, car son silence ne laisse pas que de jeter sur cette matière beaucoup d'obscurité (1). Mais, comment qu'on entende la notion juridique de cause, il est clair que le mariage, ainsi que tous les contrats nommés, en possèdent une, et une licite. Notamment si l'on admet que dans les contrats synallagmatiques, la cause des obligations d'une partie est constituée par les obligations de l'autre (2), la cause des obligations matrimoniales réside pour chaque conjoint dans les obligations de son conjoint. Ces obligations peuvent d'ailleurs être communes aux deux époux (3) ou spéciales à l'un d'eux (4). De telle sorte que certaines obligations conjugales, la fidélité, le secours, l'assistance (5) ont pour cause des obligations identiques à elles, d'autres, par contre, des obligations corrélatives mais différentes : le devoir d'obéissance de la femme envers son mari trouve son fondement dans le devoir de protection du mari envers la

1. Cf. Baudry, II, n. 846 et sqq. ; Planiol, II, n. 1037 et sqq.

2. Cf. en ce sens Baudry, II, n. 846, p. 602 ; en sens contraire Planiol, II, n. 1038, 1^o.

3. C. c., art. 212.

4. C. c., art. 213 et 214 notamment.

5. C. c., art. 212.

femme et réciproquement (1); de même l'obligation pour le mari de recevoir sa femme s'explique par l'obligation correspondante de la femme d'habiter avec son mari et *vice-versa* (2). De toutes façons, par là même qu'il est un contrat nommé, le mariage échappe aux dispositions générales sur les causes des obligations qui visent seulement les contrats non réglementés expressément par la loi et qui, pour cette raison, s'occupent moins de la cause, que de l'absence juridique de cause (3).

Passons maintenant au second élément de tout contrat, à l'obligation qui suit la convention et qui en dérive. Que cet élément se rencontre dans le mariage, c'est ce que nous avons essayé de faire voir plus haut et nous ne reviendrons pas sur notre démonstration. Nous allons continuer seulement à parcourir, de notre point de vue, le titre général des contrats (4).

1. C. c., art. 213.

2. C. c., art. 214.

3. C. c., art. 1131, 1132, 1133.

4. Il est à remarquer que le chap. III du T. III du L. III ne s'occupe pas, conformément à sa rubrique, de « l'effet des obligations » mais des obligations elles-mêmes, ou si l'on veut de l'effet des conventions. Dans cette rubrique le législateur s'écarte de son vocabulaire contractuel, tel qu'il l'a fixé dans l'article 1101 et logiquement repris et développé dans le chap. II du même titre, notamment art. 1108. Cpr. Baudry, t. II, n. 857.

Distinguons d'abord, parmi les règles des obligations, celles qui ont pour but l'interprétation des conventions ou des obligations elles-mêmes. Certaines sont des maximes vraiment générales de bon sens juridique qui peuvent s'appliquer au mariage comme à tous les actes de Droit : ainsi le principe que « les obligations doivent être exécutées de bonne foi (1) », celui que « toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier » (2). Toutefois, soit dans leur teneur, soit surtout dans leur intention ces règles supposent souvent ou bien quelque antagonisme entre la lettre et l'esprit du contrat (3), ou bien certaines ambiguïtés de forme (4) ou de fond (5) en lui, un doute (6) sur le sens exact de l'acte contractuel et par suite la nécessité pour l'esprit de compléter ou de corriger ce qui est obscur ou insuffisant. Or c'est la caractéristique des actes personnels — et du

1. C. c., art. 1134.

2. C. c., art. 1161. Toutes, cependant, ne sont pas gardées en jurisprudence comme des règles absolues dont il soit interdit au juge de s'écarter : ainsi pour la disposition de l'article 1162. Cass., 13 fév. 1883.

3. C. c., art. 1135, 1156, 1157, 1158, 1163, 1164.

4. C. c., art. 1157, 1158, 1159.

5. C. c., art. 1160, 1161, 1162.

6. C. c., art. 1162.

mariage — que, pour les raisons indiquées plus haut (1), ils sont réglementés impérativement et limitativement en Droit. Par suite le mariage, contrat solennel, et pourrait-on ajouter, sacramentel, n'est pas susceptible de revêtir plus d'une forme juridique. Et celle qu'il adopte, qui lui est strictement imposée par la loi (2) exprime précisément tout ce que le législateur a voulu voir en lui (3) ; les termes d'*interprétation* et d'*ambiguïté* (4) perdent ici leur sens. D'autre part et toujours en sa qualité d'acte de l'état civil intéressant le statut des personnes, le mariage est déterminé légalement dans ses obligations foncières tout autant qu'il a paru nécessaire qu'il le fût. Par conséquent toutes ses clauses sont de Droit étroit et il n'y a pas lieu de recourir à l'usage du pays où il se passe ni pour les compléter, ni pour les interpréter (5). Et sans doute, répétons-le, le Droit n'est jamais absolument indépendant du fait. Mais en matière de mariage, nous le savons aussi, ce Droit, une fois édicté, se pose *actuellement* comme distinct et se suffisant à lui-même. De telle sorte que les règles de l'interprétation des conven-

1. Cf. *supra*, ch. II, pp. 26-27.

2. C. c., L. 1^{er}, T. V, ch. II et C. c., art. 191 et sqq.

3. Cf. *supra*, ch. III, p. 77.

4. C. c., L. III, T. III, ch. III, sect. V, rubrique et art. 1159.

5. Cpr. C. c., art. 1159, 1160.

tions peuvent bien en gros et par transposition servir à expliquer, par rapport au fait, les termes ou les intentions de la loi elle-même dans la confection du mariage-contrat, mais non à expliquer tel ou tel mariage-contrat particulier par rapport à la loi, car ce contrat répète toujours identiquement le type légal. En réalité d'ailleurs les dispositions dont nous nous occupons relèvent purement de la jurisprudence. Elles visent non à rendre compte de la loi, des contrats que celle-ci règle limitativement, mais de ceux dont elle ne s'occupe pas ou qu'elle ne détermine qu'incomplètement, c'est-à-dire des contrats sur les choses, innommés ou nommés. Malgré leur apparence extrêmement générale, ces dispositions, tendent elles aussi, à des applications pratiques dans l'ordre des biens, laissent elles aussi, pour la plupart, de côté les états juridiques personnels, le mariage.

Il convient d'autre part que nous négligions en bloc les parties de notre Titre qui, directement et explicitement, ne s'appliquent qu'aux contrats de choses. Nous rangerons dans cette catégorie toutes les dispositions relatives aux seules obligations de donner (1). Nous y placerons également les règles

1. Notamment, toute la section II, du ch. III, du T. III, du L. III.

qui concernent les modalités juridiques des obligations (1). Les devoirs conjugaux ne sont évidemment en effet ni conditionnels, ni à terme, ni solidaires, ni divisibles (2), ni sous clause pénale ; ils représentent des obligations pures et simples. — Nous écarterons encore *à priori* ce qui a trait à la preuve des obligations (3), bien que certaines règles de la preuve aient une portée très générale et puissent même parfois conduire à la réglementation du mariage (4), parce qu'elles relèvent plutôt de la procédure que du fond même du Droit.

Ces éliminations globales une fois accomplies, concentrons notre étude sur les dispositions qui demeurent et qui ne conviennent pas toutes encore, il s'en faut, au mariage. Les devoirs conjugaux, tels que les définit le chapitre VI du Titre du mariage, constituent des obligations de faire (secours, assistance) et de ne pas faire (fidélité). Or dans la section que le législateur consacre à ces obligations (5), il

1. Le chapitre IV en entier de notre Titre.

2. Ici encore la définition de l'obligation indivisible dans l'article 1217 peut bien convenir aux devoirs conjugaux, mais la réglementation des effets de cette obligation (L. III, T. III, ch. IV, sect. V, § II) a pour objet exclusif les contrats pécuniaires.

3. L. III, T. III, ch. VI.

4. Cf. notamment, art. 1315 et 1317, 1349, etc.

5. L. III, T. III, ch. III, sect. III.

ne s'occupe pas de les déterminer en elles-mêmes, mais seulement de leur fixer des sanctions pratiques. Il pose d'abord un principe qui paraît dans quelques cas applicable à l'institution matrimoniale, celui que « les obligations de faire ou de ne pas faire se résolvent en cas d'inexécution de la part du débiteur en dommages et intérêts envers le créancier » (1). Ainsi peut-il en advenir en effet pour certains devoirs conjugaux, tels que le devoir de cohabitation, malgré son caractère moral intrinsèque. Et sans doute il est à peu près impossible de déterminer un rapport réel entre le dommage causé au *conjoint créancier* et une somme d'argent quelconque, par là même de déterminer le montant des dommages et intérêts conformément à l'article 1149 (2). Toute évaluation pécuniaire, ne craignons pas de le dire, ne peut être qu'arbitraire en l'espèce (3). Mais qu'importe ? Les dommages et intérêts infligés au conjoint récalcitrant représentent simplement, répétons-le, la nécessité d'une sanction civile impossible sous une autre forme. En effet, dans les contrats qui portent sur les biens le créancier peut recevoir l'autorisation

1. C. c., art. 1142.

2. Les développements énoncés dans les articles suivants (art. 1150-1151) sont d'ordre réel. Ils n'ont aucun rapport direct avec l'institution matrimoniale.

3. Cf. *supra*, pp. 56 et sqq.

d'exécuter (1). ou de détruire (2) ce qui aurait ou n'aurait pas dû être fait en vertu du contrat. Mais les obligations conjugales étant essentiellement attachées à la personne, leur exécution forcée par le créancier à la place du débiteur perd toute signification. On peut discuter d'autre part si les conjoints sont en demeure de remplir leurs obligations conjugales par le seul fait de l'existence du mariage ou si l'interpellation d'un époux est nécessaire pour mettre l'autre en demeure (3). Mais il va sans dire que les règles de l'empêchement résultant de la force majeure (4) s'appliquent, sinon dans leur lettre, au moins quant à leur esprit, aux devoirs qui résultent du mariage : elles ne représentent d'ailleurs à proprement parler qu'une transcription juridique de cette simple maxime de bon sens « qu'à l'impossible nul n'est tenu » et elles demeurent universellement vraies. Enfin, contrairement à la règle générale que « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention » (5), l'adultère d'un conjoint n'est plus sanctionné civilement que par la

1. C. c., art. 1144.

2. C. c., art. 1145.

3. C. c., art. 1146.

4. C. c., art. 1147, 1148.

5. C. c., art. 1145.

possibilité qu'il entraîne pour l'autre de demander le divorce (1). Directement donc l'adultère n'entraîne que la révocation de Droit du contrat dont il constitue une violation de fait. L'aspect personnel et moral du devoir de fidélité entre époux tellement prédominant dans l'état actuel de nos mœurs eût rendu difficile et même inacceptable une application littérale de l'article 1145 aux manquements conjugaux les plus graves. Toutefois il faut bien noter que la sanction pécuniaire, immédiatement absente en la matière, s'y retrouve indirectement. De fait, dans la mesure où l'adultère d'un conjoint permet à l'autre d'obtenir le divorce, il peut procurer à celui-ci sur le premier des avantages non seulement moraux (2), mais encore pécuniaires (3), assimilables en un certain sens à des dommages-intérêts. Mais, tandis que la sanction de l'article 1145 est directe, pour ainsi dire automatique (4) et principale, les avantages réels que peut faire obtenir le divorce résultent seulement d'une longue et difficile procédure et ils apparaissent comme une simple conséquence de la rupture même du contrat personnel qui constitue la sanction civile essentielle de l'infraction.

1. C. c., art. 229, 230.

2. C. c., art. 302.

3. C. c., art. 300-301.

4. Cf. C. c., art. 1145 : « par le fait seul de la contravention ».

Considérons maintenant les règles relatives aux effets de la convention à l'égard des tiers. Les conventions ne pouvant en vertu de l'article 1119 engager que ceux mêmes qui les contractent, leurs effets, c'est-à-dire les obligations qui en découlent ne doivent s'exercer qu'entre les parties (sauf le cas de stipulation pour autrui de l'article 1121) : c'est précisément ce qu'énonce avec logique l'article 1165. Cependant le mariage, convention strictement personnelle et ainsi conforme à l'article 1119, s'oppose à la règle de l'article 1165 parce qu'il en contredit la raison. En effet, alors que directement les contrats n'intéressent d'ordinaire que les contractants eux-mêmes, le mariage entraînant normalement, en tant que fait naturel, l'apparition de l'enfant doit, en tant qu'institution juridique, tenir compte des intérêts de celui-ci (1). Il représente le cas unique d'un état contractuel générateur de personnes à la fois tierces et intéressées vis-à-vis de lui. D'où la règle de l'article 203, formellement opposée à celle de l'article 1165 : « Les époux contractent ensemble par le seul fait du mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » Et sans doute l'on pour-

1. Nous rappellerons seulement d'autre part, sans insister, que l'incapacité de la femme mariée et la nullité d'actes résultant du défaut d'autorisation maritale peuvent avoir des effets vis-à-vis des tiers (C. c., cpr. art. 225 et 1312).

rait essayer d'interpréter cette disposition comme un nouveau contrat greffé sur celui du mariage et intervenant directement entre les époux et leurs enfants en sorte qu'elle ne dérogeât point à la règle de l'article 1165. Il suffirait d'entendre pour cela que les époux contractent solidairement, « ensemble » (1) l'obligation d'entretien et d'éducation envers l'enfant créancier. Mais il ne faut pas oublier que l'obligation de l'article 203 découle du fait seul du mariage. Donc elle existe à partir du moment même de sa célébration. Or comment alors un contrat pourrait-il être passé entre les époux et leurs enfants qui ne sont pas encore nés ? De plus l'obligation d'entretien se trouvant incorporée par la loi dans celles qui font partie du contrat conjugal et ce contrat étant lui-même strictement limité aux conjoints-parties, comment concevoir qu'un engagement envers un tiers puisse intervenir au sein d'un acte de caractère aussi intimement personnel ? Il convient donc d'entendre notre texte d'une autre façon : notamment lorsqu'il porte que « les époux contractent ensemble », il veut dire apparemment qu'ils contractent réciproquement, l'un avec l'autre. Ainsi chacun d'eux est à la fois créancier et débiteur de l'autre quant à l'obligation d'élever et d'en-

1. C. c., art. 203.

tretenir leurs enfants communs ; chaque conjoint peut exiger de son conjoint l'accomplissement de cette obligation et se le voir exiger à son tour. La convention reste entre eux deux. Mais l'enfant qui doit être considéré juridiquement comme un tiers par rapport au contrat conjugal de ses parents en bénéficie cependant. — Il y a plus : La règle générale de l'article 1165 admet que dans un certain cas, bien distinct d'ailleurs de celui que nous venons d'examiner, les conventions peuvent profiter aux tiers pécuniairement, mais elle maintient qu'elles ne doivent jamais leur nuire. Or, par une seconde dérogation à cette règle plus profonde que la précédente et toujours en vertu de la nature propre du mariage, les enfants doivent des aliments à leur père et mère ou autres ascendants dans le besoin (1). Si bien que du fait des circonstances qui ont entraîné le mariage-contrat de leurs parents, et même de celles plus lointaines qui ont entraîné les mariages de leurs ascendants, les enfants tiers à ces contrats, peuvent subir des charges pécuniaires. A la vérité, ces charges doivent être regardées précisément comme la contre-partie du devoir d'éducation des parents envers les enfants et d'ailleurs elles sont récipro-

1. C. c., art. 203.

ques (1). Mais enfin, il reste qu'un tiers, par l'effet de volontés étrangères à la sienne, peut se trouver pris dans tout un engrenage d'obligations soit actives, soit passives dont la somme est indifféremment favorable ou défavorable pour lui, sans que son consentement soit entré pour rien dans l'établissement de cet état. Et cela, c'est manifestement contraire à l'esprit comme à la lettre de l'article 1165 (2). Or la conscience commune regarde comme juste d'une part que chacun soit obligé seulement dans la mesure où il y a consenti, d'autre part que les ascendants et les enfants se secourent les uns les autres. Comment donc expliquer cette antinomie morale et juridique ? C'est sans doute que notre conscience n'est jamais gouvernée par un seul principe, que la diversité même des situations et des rapports extérieurs se reflète en elle et lui impose parfois des attitudes divergentes. Les motifs, et, si l'on veut, les intérêts d'affection, base de l'obligation alimentaire, jouent, par la nature même des choses, un rôle prépondérant dans les actes personnels, spécialement dans l'organisation de la famille et le législateur ne peut

1. C. c., art. 207.

2. Nous argumenterions d'une façon analogue pour les obligations alimentaires entre alliés de l'article 206 en tenant compte seulement de la différence des rapports naturels dans ce cas et dans celui de l'article 205.

donc pas les négliger. Par contre au cours du Titre des Contrats en général, le Code ne s'occupe une fois de plus que des contrats à sens pécuniaire plus dégagés de ce genre d'intérêts et il énonce une règle qui n'est valable elle aussi que pour eux seuls. L'on pourrait d'ailleurs assez facilement faire disparaître sur ce point là contradiction interne de la loi et réconcilier les données de fait du mariage avec les formules contractuelles en ayant recours à la fiction juridique commode d'un quasi-contrat passé entre les parents et les enfants et ayant pour objet l'obligation réciproque de secours sous les formes où elles peuvent naturellement s'exercer entre eux, étant donné leurs conditions mutuelles. Mais cette construction n'est pas dans le Code qui parle d'un contrat véritable et non d'un quasi-contrat (1) — et l'opposition subsiste.

Nous indiquerons sans insister que l'article 1166 suivant s'applique et s'oppose au mariage comme l'article 1122 et pour la même raison avec toutefois plus de précision dans les termes (2). Quant à l'article 1167, il appelle les mêmes restrictions que le précédent outre celles qu'indique le législateur

1. Cf. *supra*, pp. 110-111.

2. Cf. « à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne ».

(alinéa 2) et qui prouvent bien qu'il n'a en vue que les actes juridiques sur les choses.

Il nous reste à examiner les règles de l'extinction des contrats dans leur application au mariage. Les articles consacrés à cette matière, plus visiblement peut-être encore que les précédents, sont d'intention réelle et pécuniaire. Et, par là même, la différence de points de vue entre les contrats sur les personnes et les contrats sur les choses s'y manifeste avec plus de force qu'ailleurs et la déduction des formes dites générales du contrat au mariage y tourne surtout à la comparaison de deux modes distincts d'organisation juridique. Cette réserve générale concerne à peu près également tous les genres d'extinction des contrats. De plus certains d'entre eux doivent être d'abord complètement écartés par nous pour telles ou telles raisons particulières : les uns, comme le paiement (1), ou la compensation (2) ce paiement indirect (3), parce qu'ils supposent que l'obligation s'épuise en une ou plusieurs réalisations de nombre déterminé, tandis que les obligations conjugales, correspondant à un état permanent de vie, se renouvellent indéfiniment au fur et à mesure qu'on les acquitte ; d'autres, parce qu'ils impliquent que les

1. L. III, T. III, ch. V, sect. première.

2. *Ibid.*, sect. IV.

3. C. c., art. 1289, 1290.

obligations ne sont pas attachées à la personne même des parties : ainsi certaines formes de la novation (1) ou la confusion (2) ; d'autres parce qu'ils sont incompatibles avec la fixité de l'union conjugale, soit dans sa durée, comme la prescription (3), soit dans la nature de ses obligations, comme la novation sous une autre forme (4), soit des deux points de vue à la fois, comme la remise de dette (5) ; la remise de dette (6) encore parce qu'elle suppose des contrats unilatéraux au moins partiellement ; l'effet de la condition résolutoire (7) parce qu'il implique une modalité dans le contrat.

Ainsi nous sommes amenés à ne plus retenir parmi les catégories d'extinction générales des contrats que la perte de la chose (8) et l'action en nullité (9). — S'agit-il de la perte de la chose due ? Répétons d'abord qu'il n'y a pas place ici pour une application véritable des dispositions des contrats au mariage, mais seulement pour une comparaison

1. *Ibid.*, sect. II, art. 1271, al. 2 et 3.

2. *Ibid.*, sect. V.

3. C. c., L. III, T. XX.

4. *Ibid.*, sect. II, art. 1271, al. 1.

5. *Ibid.*, sect. III.

6. C. c., *Ibid.*

7. C. c., art. 1234, al. 9.

8. *Ibid.*, sect. VI.

9. C. c., sect. VII.

purement théorique et nullement textuelle entre ces dispositions et ce qui, dans le mariage, s'en rapproche le plus par la forme générale. Or, s'il est exact que les obligations conjugales portent sur les époux, la mort de l'un d'eux (1) qui éteint déjà le contrat activement en la personne d'une partie contractante, peut être assimilée encore à la disparition de l'objet de ce même contrat et par là, malgré l'étrangeté du vocabulaire déjà signalée plus haut (2), à « la perte de la chose due ». Nous n'insisterons pas sur ce rapprochement, trop simple en lui-même, trop éloigné surtout des formules courantes de Droit. — Par contre l'action en nullité, seule entre tous les modes d'extinction contractuels, atteint directement le mariage. La violence ou l'erreur qui la font naître pour les contrats en général (3), la produisent également quand il s'agit du contrat conjugal. Seulement la prescription extinctive ordinaire de dix ans à partir de la cessation de la violence ou de la découverte de l'erreur (4) est ramenée, dans le cas du mariage et pour des raisons de stabilité touchant le statut personnel, à une durée de six mois (5) lorsqu'il

1. C. civ., art. 217 ; al. 1.

2. Cf. *supra*, pp. 55-56.

3. C. c., art. 1304.

4. C. c., art. 1304, al. 2.

5. C. c., art. 181.

y a eu cohabitation continuée depuis le même point de départ. Au reste l'alinéa premier de l'article 1304 prévoit en termes généraux des dérogations dans ce sens à la règle qu'il pose, de telle sorte qu'encore ici le mariage se trouve en accord — *comme une exception admissible* — avec la théorie des contrats. Quant à l'action en nullité fondée sur l'incapacité des parties contractantes, elle existe également pour le mariage, mais les causes de nullité sont en l'espèce complètement distinctes de celles que prévoit le Titre des Contrats. Ce Titre s'occupe en effet de la nullité résultant de l'incapacité de la femme mariée (1) qui, nous l'avons déjà noté, ne peut s'appliquer au contrat conjugal lui-même. Il réglemeute surtout la rescision résultant de la lésion du mineur ou de l'interdit (2). Or la lésion ne vicie pas le mariage, acte personnel. Cependant la nécessité du consentement des ascendants du mineur matrimonial pour son mariage représente bien, par un certain côté, une précaution et une garantie légales contre une lésion possible à son égard (3). Quant à l'interdit ou son mariage est inexistant pour cause de manque absolu de consentement (4) ou, dans l'hypothèse

1. C. c., art. 1304, al. 2 ; art. 1312.

2. C. c., art. 1305-1312.

3. Cf. *infra*, p. 134.

4. C. c., art. 146.

inverse, il est sans doute valable. Mais il ne saurait devenir nul lui non plus pour cause de lésion causée à l'interdit en tant que tel (1).

Il est assez remarquable qu'après avoir ainsi épuisé tous les modes d'extinction des contrats indiqués par la Loi dans le chapitre qu'elle consacre à cette matière, nous n'en ayons trouvé aucun qui, de près ou de loin, se rapproche du divorce considéré par nombre d'auteurs comme le mode contractuel de dissolution du mariage. A la vérité, le législateur indique en un autre endroit, parmi des « dispositions générales » (2) entre les dispositions dites générales de tout le Titre, un mode de révocation des contrats « par le consentement mutuel des parties » (3) qui semble plus facilement applicable à l'institution matrimoniale, duquel même l'on a voulu déduire la nécessité du divorce par mutuel consentement des époux si le mariage est véritablement un contrat. Il faut cependant remarquer d'abord que ce serait trop accorder à la logique du Code que de chercher, dans ses règles contractuelles générales, la forme que doit prendre tel ou tel contrat particulier, alors qu'il est si bien prouvé que l'application

1. L'article 1314 terminal du chapitre représente l'un des articles *explicitement particuliers* du Titre des Contrats.

2. C. c., L. III, T. III, ch. III, sect. I, Rubrique.

3. C. c., art. 1134.

de ces mêmes règles aux cas particuliers ne se trouve jamais assurée *à priori*, surtout lorsqu'il s'agit d'actes personnels. De telle sorte que, comment qu'on l'interprète, la disposition de l'article 1134 n'*impliquerait* le divorce... que s'il existait réellement au sein du mariage. Et dans le cas contraire, il y aurait lieu simplement de reconnaître une contradiction de plus entre la théorie des contrats et l'organisation de l'état conjugal.

Mais ces considérations ne sont pas même utiles ici, car la règle de l'article 1134 étudiée textuellement ne semble pas plus devoir impliquer en elle-même le divorce que l'exclure. Que signifie-t-elle en effet? Simplement que les obligations contractuelles *peuvent* être dénoncées par le consentement mutuel des parties ou bien pour telle autre raison que la loi reconnaît. Le sens disjonctif naturel de la conjonction *ou* se trouve encore confirmé dans notre texte par la virgule qui le précède. Ceci posé, deux interprétations de ce même texte sont également admissibles. Il peut signifier que certaines obligations périssent seules par le consentement des parties, ce qui supposerait qu'il y en a d'autres qui ne sont pas révocables par ce consentement mais uniquement par les moyens légaux. Et, compris de cette façon, notre alinéa n'interdirait pas nécessairement sans doute le divorce, mais permettrait l'existence d'un

mariage sans lui. Mais il est loisible d'entendre aussi que de *mêmes* actes juridiques peuvent, selon le cas, se voir dissous soit par la volonté particulière des contractants, soit par la loi. Or la lettre du Code se prête indifféremment, répétons-le, à ces deux interprétations. Par conséquent il faut sans doute, pour choisir entre elles tenir compte chaque fois des règles particulières du contrat dont il s'agit. En tous cas le texte de l'article 1134 ne prouve rien *à priori* ni pour ni contre le divorce par consentement mutuel. — Cependant, dira-t-on, cet article implique bien, littéralement, une possibilité quelconque de révocation des contrats, par conséquent du mariage, s'il en est un ; mais quel mode concevable de révocation du mariage y a-t-il en dehors du divorce, sous quelque forme d'ailleurs qu'il soit organisé ? Il ne s'agit plus déjà, remarquons-le, de déduire de l'article 1134, le divorce par consentement mutuel, mais le divorce en général, fut-il rigoureusement déterminé par voie légale. Mais même étendue de cette façon, la déduction proposée n'a rien de nécessaire, car notre texte porte que les conventions « ne peuvent être révoquées que » du consentement mutuel des parties ou pour les causes que la loi autorise. D'où il suit, très clairement, que cette règle possède un caractère essentiellement limitatif et qu'en se conformant à notre première interpréta-

tion, il peut y avoir des obligations irrévocables, si la loi n'a pas autorisé de causes pour leur révocation ou révocables conformément à la seule nature des choses, si la loi sanctionne seulement ces nécessités naturelles : ainsi, après les loi du 8 mai 1816 et du 31 mai 1854, la seule cause de dissolution du mariage résidait dans le décès d'un des conjoints — et cependant l'article 1134 restait en vigueur. *Il est donc impossible de déduire strictement des formules de la théorie contractuelle générale la nécessité du divorce ou le contraire.*

Il est vrai qu'on s'attache moins parfois en cette matière à la lettre même de la loi qu'à son esprit. On pose volontiers comme une maxime de bon sens juridique que le consentement des parties formant le contrat, un consentement en sens contraire doit donc pouvoir le dissoudre (1), que ce que la volonté a créé, la volonté peut le détruire (2). En réalité ce raisonnement par analogie qui flatte le goût symétrique de l'esprit n'est pas aussi probant qu'on se l'imagine. L'auteur même de la formule contractuelle du mariage à la Constituante fit remarquer avec beaucoup de justesse que « le consentement qui nous lie peut s'étendre jusqu'à nous empêcher

1. Cf. en ce sens, Baudry, II, n. 861 ; Planiol, II, 1166.

2. Cf. en ce sens Sagnac, *Législation civile*, p. 284 (cité par Lefebvre, *op. cit.*, p. 8, note 2).

de nous délier » (1). Et ce n'est point là, semble-t-il, un paradoxe d'occasion (2), mais l'expression d'une idée profondément conforme à la raison juridique. Que suppose en effet tout contrat ? Deux éléments, le consentement initial et des obligations qui en dérivent de telle sorte en somme que *contracter c'est user de sa liberté pour l'aliéner*. Mais ce fait n'implique rien, relativement à la durée pendant laquelle le lien de Droit subsiste et il n'implique donc pas que cette durée ne soit point perpétuelle. Bien plus, si la libre volonté est suffisante pour se limiter elle-même un seul instant, en théorie elle l'est sans doute pour toujours ; car la puissance propre qui lui permet de s'enchaîner un instant n'a qu'à demeurer identique et elle le lui permettra un autre instant analogue au premier et ainsi de suite sans borne assignable. D'autre part le terme limité d'un contrat est facilement susceptible de dépasser le court indéfini d'une existence humaine : et quand j'accepte valablement des obligations pour un an, un jour, une heure, qui peut dire que je ne contracte pas pour ma vie ? — Il n'en reste pas moins clair, semble-t-il, que ce que la volonté a créé, elle peut le dissoudre. On oublie, quand on parle ainsi, que la volonté peut désirer créer quelque chose de

1. Cf. Lefebvre, *op. cit.*, p. 21, note 1 ; p. 33, note.

2. Cf. en ce sens, Lefebvre, *op. cit.*, n. 19, note 1, p. 33.

perpétuel — ce qui constitue précisément le cas dans le mariage sans divorce — et qu'il serait contradictoire qu'elle détruise ce qu'elle veut indestructible. Et l'on ne se rappelle plus que la volonté ne crée pas seule le contrat conjugal, mais qu'il tire aussi son existence d'un enregistrement et d'une consécration de cette volonté par l'autorité sociale qui peut la consacrer et l'enregistrer comme perpétuelle. Le contrat indéfini dans le temps ou, comme l'on dit, indissoluble, ne paraît donc nullement en soi un illogisme juridique.

Faut-il conclure que la question du divorce ne soutient aucun rapport avec la notion de contrat, par suite avec le caractère contractuel du mariage et que pour la résoudre il convient d'envisager exclusivement les conditions propres de l'état conjugal ? Sans doute, en effet, y aurait-il lieu de procéder de cette façon si l'on considérait la seule théorie contractuelle fixée en formules juridiques avec les possibilités logiques qu'elle enveloppe. Mais, nous l'avons déjà dit (1), nos préférences morales se glissent implicitement dans nos concepts de Droit et viennent souvent en déterminer la tendance. Ainsi c'est un principe de morale juridique, nulle part écrit dans nos lois, partout inscrit en elles, que

1. Cf. *supra*, ch. I, pp. 5 et sqq.

dans aucun sens l'individu ne peut aller jusqu'au bout de la liberté qu'il possède d'abdiquer sa liberté. La notion de contrat — et surtout de contrat sur la personne — emporte de plus en plus pour les consciences modernes une idée de contrainte limitée tant dans son objet que dans sa durée. Conquête de la liberté, cette notion de contrat paraîtrait se retourner contre son origine même, si elle servait à instituer un état obligatoire sans issue. Le grand théoricien du contrat, Jean-Jacques Rousseau, proclamait, avec une rigueur probablement d'ailleurs trop formelle, que nulle et non avenue était en Droit la totale aliénation de la personne, fut-ce par elle-même (1). Or un contrat indéfini dans le temps lorsqu'il porte sur une personne nous apparaît, par un certain côté, comme une sorte d'esclavage volontaire. Nous reculons devant l'irréparable contrainte qui s'en dégage. C'est par une autre application du même état d'esprit que la loi n'admet le louage des services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée et que ce louage, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes (2). En ce sens, et en ce sens seulement, l'on a le droit de dire que la notion de

1. Rousseau, *Contrat Social*, l. I, ch. IV.

2. C. c., art. 1780, al. 1 et 2.

contrat implique celle de divorce dans le mariage-contrat. Mais il s'agit moins alors en réalité de la notion juridique de contrat que de l'idée morale de liberté individuelle. Plus particulièrement l'évolution dans notre législation récente des règles sur la dissolution volontaire du mariage manifeste bien le progrès de cette conviction morale qu'il faut bannir de la vie l'immuable et le définitif, laisser toujours, autant que possible, une porte ouverte au renouveau, à la liberté, au changement. La loi du 27 juillet 1884 non seulement a rétabli le divorce, mais en a de plus assoupli les effets. Les époux divorcés, d'après l'ancien article 295, ne pouvaient plus se réunir pour quelque cause que ce fût, tandis que, selon le texte nouveau, cette possibilité leur est accordée, même si l'un ou l'autre s'est remarié dans l'intervalle, pourvu que le second mariage n'ait pas été lui-même suivi d'un second divorce. La loi du 13 juillet 1907, en modifiant les articles 296 et 297, a abrégé le délai de remariage pour la femme divorcée. D'autre part, et sans que la dissolution même de l'état conjugal se trouve ici directement visée, le législateur en acceptant d'abroger l'article 298 (1) et en permettant à l'époux adultère d'épouser son complice ajoute une possibilité nou-

1. Loi du 25 déc. 1904.

velle comme conséquence, à cette dissolution. Ainsi une conviction morale vient expirer dans les textes de Droit. Et l'on voit que la vraie cause profonde de l'institution du divorce n'est pas une préoccupation de logique juridique abstraite, mais une préoccupation de morale sociale vivante.

Est-ce à dire qu'il faille ici renoncer à la déduction logique du contrat au mariage ? Cela dépend de la définition initiale que l'on se donne du contrat. Voit-on dans le contrat simplement un consentement, plus de la contrainte subséquente ? On ne saurait de cette définition rien déduire quant au divorce ; et telle est sans doute la position de notre Droit civil positif. Le contrat suppose-t-il, outre le consentement, une contrainte *limitée* et *partielle* en tous sens ? Le caractère contractuel du mariage emporte logiquement la nécessité du divorce sous une forme quelconque ; et voilà, semble-t-il, l'attitude de la conscience juridique actuelle. On peut se demander s'il n'y aurait pas avantage à mettre à l'unisson la formule de Droit et les besoins moraux correspondants, en introduisant clairement dans les règles générales du contrat cet élément de relativité qui s'y trouve implicitement admis.

Telle est, tracée dans quelques-unes de ses lignes principales, l'esquisse de la théorie contractuelle déductive du mariage, d'après les textes généraux

du Code. On voit par ces exemples quel mélange de logique juridique profonde, d'incohérences de détail, de lacunes, dues surtout à des préoccupations pratiques d'ordre réel, présente en elle-même cette déduction, image assez fidèle de l'œuvre dont elle se laisse extraire.

II

Sous son aspect inductif, la théorie du mariage-contrat, à l'inverse de la précédente, devrait, en s'élevant des règles particulières au mariage, retrouver *toutes* les dispositions générales du contrat. S'il existait dans notre Code un développement vraiment universel des notions contractuelles, les deux formes déductive et inductive de la doctrine du mariage-contrat seraient donc exactement corrélatives, tous les articles du contrat se rencontrant dans la texture du mariage, soit que l'on parte du mariage, soit que l'on parte du contrat. Mais en fait, nous le savons déjà (1), il n'y a pas, en notre Droit Civil actuel, de théorie contractuelle proprement dite. Et précisément, parce que beaucoup de règles « générales » des contrats ne s'appliquent pas déductivement au contrat conjugal, on ne saurait les induire du mariage, on ne saurait sur le mariage reconstruire

1. Cf. *supra*, ch. IV, par. I, passim.

intégralement la théorie « générale » des contrats. Dans notre Code, une théorie contractuelle du mariage sous sa forme inductive ne peut que demeurer, elle aussi, fragmentaire, et quant à ses prémisses, puisque le mariage n'est pas seulement un contrat, et aussi quant à ses conclusions, ce qui est illogique, puisque le mariage constitue un contrat. — Cependant il reste que les dispositions du contrat qui conviennent déductivement au mariage doivent résulter inductivement de sa réglementation. Et l'on peut se demander dès lors si la méthode inductive n'est pas superflue venant après le procédé déductif : comment qu'on raisonne en effet les dispositions de la théorie considérée ne restent-elles pas identiques à elles-mêmes ? Nous répondrons qu'il existe entre les deux méthodes une différence de point de vue qui n'est pas négligeable si l'on considère surtout, comme nous le faisons ici, la logique du Droit. Déduire le mariage de contrat c'est, en se conformant à la forme de la notion contractuelle, chercher comment le mariage rentre dans cette forme ; induire le contrat du mariage, c'est, à rebours, considérer la réalité du mariage en elle-même et montrer comment à cette réalité s'adapte le cadre juridique du contrat. Bien évidemment les résultats des deux méthodes doivent être les mêmes, si d'ailleurs elles s'exercent l'une et l'autre sur une

même réalité de Droit. Mais enfin, répétons-le, les voies prises pour atteindre ces résultats analogues sont différentes et même opposées selon le cas. — Au reste il faut reconnaître que l'emploi préalable d'une des deux méthodes oblige en pratique, dans l'usage de la seconde, pour éviter d'inutiles répétitions, à glisser plus légèrement sur les résultats déjà connus et permet d'insister davantage sur les nouveaux procédés qui les ont fait obtenir. Nous voudrions précisément ébaucher de façon sommaire la forme possible d'une théorie contractuelle inductive du mariage dans notre Droit Civil.

Et d'abord, l'institution matrimoniale, telle qu'elle est envisagée par le Code civil dans le Titre V de son Livre I^{er}, s'y trouve présentée, malgré beaucoup d'incohérences partielles, conformément au type général du contrat. Les quatre premiers chapitres, auxquels on pourrait donner pour titre d'ensemble la rubrique même du chapitre premier traitent tous en somme « des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage » soit quant au fond (1), soit quant à la forme (2), soit quant aux nullités résultant de l'absence de ces diverses conditions et qualités (3). Toute cette par-

1. Surtout dans le chap. I^{er}.

2. Surtout dans les chap. II et III.

3. Ch. IV. — Le ch. VIII terminal (art. 228), visant les

tie de la réglementation juridique du mariage se groupe autour de la notion de la convention conjugale. Le chapitre V — et le chapitre VI dont l'objet se ramène à celui du précédent — s'occupent tous deux « des obligations qui naissent du mariage » (1), obligation alimentaire entre ascendants et descendants (2), obligations respectives des époux (3); enfin le chapitre VII traite de l'extinction de ces obligations par la dissolution de l'état conjugal. L'idée d'obligation, second élément d'un contrat, préside donc à toute cette deuxième partie de l'organisation légale du mariage.

Ce n'est pas seulement par l'ordre général de ses dispositions que le Code adopte ici la forme contractuelle. Il pose nettement, à propos du mariage, les notions de convention et d'obligation constitutives du contrat. D'une part l'article 146 porte qu'« il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement » et l'article 180 précise que ce consentement doit être libre et dégagé d'erreur. D'autre

seconds mariages, pose lui aussi une condition requise pour pouvoir contracter mariage dans certains cas et devrait être fondu dans le chap. 1^{er} (cpr. ch. 1^{er} art. 147 et ch. VIII, art. 228). Le Code suit ici l'ordre chronologique au détriment de l'ordre logique.

1. Rubrique du ch. V.

2. C. c., L. I, T. V, ch. V.

3. C. c., *id.* ch. VI.

part, il résulte des chapitres V et VI de notre Titre que les époux contractent ensemble par le fait seul du mariage certains devoirs et acquièrent certains droits, soit vis-à-vis des tiers (1), soit l'un par rapport à l'autre (2). Or qu'est-ce qu'un devoir ou qu'un droit légalement déterminé, sinon une obligation, qu'on l'appelle expressément ou non par ce vocable (3) ?

Mais de plus, ces notions contractuelles générales de consentement et d'obligation reçoivent en l'espèce, de la réalité conjugale, un contenu propre. Les considérations physiologiques, personnelles, familiales, sociales, inhérentes au mariage viennent tour à tour s'insérer dans la réglementation juridique et pour la plupart se laissent adapter par quelque biais aux formes générales du contrat.

Certaines qualités requises pour pouvoir contracter mariage se rattachent à des conditions d'ordre physiologique et par là même, étant donné le caractère du mariage, à des préoccupations sociales : ainsi la détermination de l'âge de la puberté légale chez l'homme et chez la femme (4), la reconnais-

1. C. c., art. 203, 205.

2. C. c., art. 212 et sqq.

3. Cpr. Lefebvre, *op. cit.*, n. 4, p. 10, note 1 et *supra*, pp. 55 et sqq.

4. C. c., art. 144.

sance par la loi des démentis de fait à la présomption générale qu'elle pose à ce sujet (1). Ces dispositions n'ont sans doute aucun rapport direct avec le caractère contractuel du mariage; elles expriment ce qu'il y a de plus immédiatement naturel et matériel en lui. Encore faut-il remarquer toutefois que la différence entre l'âge de la puberté légale chez l'homme et chez la femme peut s'expliquer, non pas seulement par des raisons physiques, mais par ce fait que l'homme, étant donné sa fonction de chef de famille, ne doit pouvoir contracter mariage que lorsqu'il jouit d'une certaine maturité d'esprit moins indispensable à la femme dont le rôle est d'obéir à son mari. Mais ces devoirs de direction d'un côté et d'obéissance de l'autre se ramènent légalement à des obligations dérivant du contrat conjugal. De telle sorte que l'on pourrait dire que la différence d'âge de puberté légale entre l'homme et la femme se justifie en partie par la nature des obligations qui dérivent pour eux du mariage-contrat.

D'autres dispositions traduisent dans la loi le caractère moral personnel de l'institution conjugale. Le mariage porte sur les parties contractantes elles-mêmes et les lie entre elles par des obligations malaisément dissolubles. De là vient l'importance

1. C. c., art. 145, 185, 2°.

primordiale du contrat matrimonial pour les contractants, sujets à la fois actifs et passifs d'obligations permanentes et intimement attachées à leurs personnes. Et de cette importance à son tour résultent les précautions prises par la loi pour protéger les futurs conjoints entre les autres et contre eux-mêmes — leur propre inexpérience et leurs entraînements. Cette pensée de protection des futurs explique — partiellement — la nécessité pour le mineur d'obtenir le consentement de ses ascendants ou de sa famille, et même un peu la notification de mariage aux parents exigée des enfants âgés de moins de trente ans révolus (1). Elle fonde le droit d'opposition et le limite dès qu'il risque de devenir vexatoire pour les futurs. Or comment se manifeste-t-elle juridiquement ? Par des empêchements de mariage ou dirimants et viciant le consentement des époux (2) ou prohibitifs et interdisant à l'avance (3) de le recevoir, c'est-à-dire par des nullités ou des obstacles attachés à la convention conjugale. Un semblable souci de protection intervient encore dans les règles du mariage putatif, contraires sans doute à une stricte logique contractuelle, mais conformes

1. C. c., art. 151.

2. C. c., art. 148 : « le fils et la fille... ne peuvent contracter... » (art. 182, 183).

3. C. c., art. 151, 157, 177.

aux exigences de la conscience morale. Ces règles, disons-nous, apparaissent comme opposées aux principes du contrat : en effet, pour qu'il y ait contrat, il faut qu'il y ait accord réciproque de volontés sur un même objet ; or, si l'une de ces volontés est frappée de nullité, l'accord de l'autre avec la première se trouve par contre-coup devenir nécessairement impossible. Théoriquement il faut, pour qu'un contrat soit valable, qu'il le soit par rapport à tous les contractants ; et s'il ne l'est pas pour un, il ne l'est pour aucun. Mais la nature fondamentale des obligations du mariage a conduit le législateur à violer cette règle en faveur des conjoints ou du conjoint de bonne foi (1). C'est là un de ces cas où la rigueur des notions juridiques premières se heurte contre une combinaison difficile et rare de circonstances réelles et fléchit devant elles. — Quelques dispositions d'autre part correspondent immédiatement à la communauté de vie entre époux qu'implique le mariage. Elles apparaissent, au sein de la loi, comme un reflet direct des mœurs. Mais elles prennent souvent, dans la forme, un aspect contractuel. Le législateur veut-il exprimer la prohibition de la polygamie ? Il énonce : « On ne peut *contracter* un second mariage avant la dissolution du

1. C. c., art. 201, 202.

premier » (1). Les différents rapports ordinaires des époux entre eux sont tournés en « droits et devoirs respectifs » légalement déterminés, en obligations (2). On distingue bien, à travers ces exemples, ce qui, dans le mariage, est vraiment contractuel de ce qui ne l'est pas. La *matière* même des dispositions précédentes est constituée par un certain état de fait et par une conception corrélatrice de la famille considérée comme l'union exclusive (3) de deux êtres de sexes différents dirigée par l'un d'eux, le mari (4). Or cet état et cette conception ne prennent la *forme* juridique d'un contrat que lorsque la loi fait du mode de vie entre époux couramment admis par la conscience commune, des devoirs dérivant d'un libre consentement.

Considérons le mariage sous un nouveau point de vue, comme acte de portée familiale et intéressant à ce titre les parents des conjoints et leurs enfants. L'idée de la solidarité familiale, du droit des ascendants de veiller sur leur race constitue — non pas la seule cause — mais enfin l'une des causes des prescriptions concernant le consentement des parents pour le mariage des enfants mineurs (5) et surtout la

1. C. c., art. 147. Cpr. art. 172.

2. C. c., L. I, T. V, ch. VI.

3. C. c., art. 147, 212.

4. C. c., art. 213.

5. C. c., art. 148-160.

notification de mariage de l'article 151. La même idée du contrôle des parents les uns par les autres n'est pas sans rapport avec la réglementation des oppositions au mariage (1) et explique facilement qu'on en ait restreint l'exercice aux ascendants (2) — à leur défaut à certains parents autres que les descendants (3) ou au représentant de la famille (4). Nous avons vu plus haut, en étudiant les mêmes articles d'un autre point de vue (5) de quelle manière la notion contractuelle se combine ici sous forme d'empêchements de mariage avec la réalité pratique. D'autre part des sentiments très profonds attachés aux liens de famille déjà existants entraînent certaines interdictions de mariage entre parents ou alliés : prohibition générale en ligne directe (6), et dans certains cas en ligne collatérale (7). Ces répugnances de la conscience morale devant l'inceste deviennent en Droit des causes de nullité du

1. C. c., L. I, T. V, ch. III, notamment art. 173-175, 182.

2. C. c., art. 173.

3. C. c., art. 174.

4. C. c., art. 175. On retrouve encore quelque chose de cette idée dans l'article 168 qui prescrit la publication de mariage à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels se trouvent une ou les deux parties contractantes.

5. Cf. *supra*, p. 134.

6. C. c., art. 161.

7. C. c., art. 162, 163, 164.

mariage-contrat. — De plus le mariage, en même temps que les familles déjà constituées des conjoints, intéresse au premier chef les enfants à venir. Ce sont des sentiments très naturels, quoique explicables de plusieurs façons différentes, qui portent les parents à veiller sur leurs enfants, à les élever et les enfants à payer en retour leurs parents de reconnaissance et à les assister, dans la mesure du possible. Ces rôles dévolus par la conscience aux divers membres de la famille, notre Droit les *légalise*, en les transformant en obligations qu'il définit et délimite. Jusque-là que Portalis et ses collègues, emportés par cette codification des mœurs et se départissant une seule fois peut-être de leur réalisme ordinaire, vont jusqu'à poser en la matière un précepte général de pure morale sans aucune application juridique immédiate, lorsqu'ils énoncent que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » (1). Ainsi l'entretien et l'éducation de l'enfant par les parents sont érigés en une obligation que les époux contractent ensemble par le fait seul du mariage (2). Toutefois le législateur a soin d'énoncer que cette obligation ne s'étend pas jusqu'à fournir aux enfants « un établissement par mariage ou

1. C. c., art. 374.

2. C. c., art. 203.

autrement » (1). « L'expérience prouve, dit à ce sujet un commentateur du Code (2), que les parents pèchent plus souvent par excès de générosité que par égoïsme, et le mieux était de s'en rapporter à leur affection ». Et il est vrai que la loi ne fait ici que consacrer juridiquement l'expérience. De même les enfants *doivent* des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin (3) et d'ailleurs cette *obligation* est réciproque (4). Par une disposition plus symétrique que moralement fondée, le législateur étend l'obligation alimentaire réciproque entre gendre, belle-fille et beau-père, belle-mère (5). En ligne collatérale par contre, même entre frères, cette obligation alimentaire n'existe point : voilà une disposition qui heurte quelque peu l'ordre ordinaire des valeurs que nous attribuons aux divers liens familiaux et qui s'explique surtout comme la conséquence trop purement logique de cette idée que l'obligation alimentaire, dérivant de la continuité vivante de la famille, ne doit exister qu'en ligne directe entre ascendants et descendants.

Par cela seul qu'il fonde notre famille actuelle, le

1. C. c., art. 204.

2. Baudry, I, n. 680, p. 357.

3. C. c., art. 205.

4. C. c., art. 207.

5. C. c., art. 206.

mariage présente une importance extrême pour notre société. Le fait même qu'il est reconnu par la loi comme un contrat constitue une première consécration de son caractère social. Il signifie que la société n'entend point abandonner l'union de l'homme et de la femme aux combinaisons et aux expériences individuelles, qu'elle revendique la réglementation de l'état conjugal comme rentrant dans son ressort. La portée collective du mariage apparaît encore explicitement dans le détail de sa réglementation formelle de contrat. La loi entoure l'échange initial des consentements de formalités dont quelques-unes constituent un élément essentiel du mariage (1) en dehors desquelles il est juridiquement inexistant : notamment la célébration publique devant l'officier de l'état civil (2). Ces formalités qui classent le mariage parmi les contrats solennels expriment d'abord concrètement l'intervention de la société dans sa confection (3) : c'est là, pour ainsi dire, leur côté représentatif. En outre elles servent de moyen collectif d'avertissement — d'instruments de publicité — à un contrat qui peut, dans ses répercussions, intéresser les tiers. Enfin elles deviennent, par la confection de l'acte de

1. Cf. C. c., art. 165.

2. C. c., art. 194, 195.

3. C. c., art. 75.

mariage (1), un mode de preuve authentique, ayant un caractère public et assurant à l'existence du mariage-contrat une certitude que réclame la stabilité du statut des personnes. Les exigences de cet ordre ont amené le législateur à rejeter comme moyen de preuve du mariage la réalité même de l'état conjugal (sauf exceptions) (2), la possession d'état d'époux légitimes (3). La société directement intéressée à la régularité des unions matrimoniales ne connaît et ne reconnaît le mariage qu'à travers l'acte contractuel qu'elle en a dressé (4). Au point de vue juridique tout se passe donc à peu près — et réserve faite notamment pour certains effets des mariages putatifs — comme si l'accomplissement régulier des formalités du mariage équivalait au mariage et comme si l'état conjugal, sans ces formalités, était inexistant.

Ainsi les différents rapports physiques et moraux qu'implique le mariage, l'état de vie qu'il entraîne, les sentiments qu'il fait éclore — toutes ces données réelles et vivantes viennent s'organiser juridiquement de nos jours dans le cadre général du contrat qu'elles débordent cependant çà et là. La théorie

1. C. c., art. 75, 76.

2. Cf. notamment C. c., art. 197, 194 *in fine*.

3. C. c., art. 195.

4. C. c., art. 194.

contractuelle du mariage représente précisément cette systématisation du fait en Droit autour des idées de convention et d'obligation.

CONCLUSION

Nous nous sommes efforcés au cours de cette étude, sur une question déterminée, de dégager les linéaments d'une méthode juridique générale applicable aux problèmes théoriques du Droit.

Il faut en convenir : au premier abord l'intérêt et la portée de ces problèmes, comme des questions générales de tous ordres, peuvent n'apparaître point clairement. L'on croit sans peine qu'il ne s'agit au fond en ces matières que de combinaisons de mots, que, par suite, les théories les plus opposées peuvent être soutenues avec une égale vraisemblance, la seule raison valable se réduisant dans ces sortes de disputes à une certaine habileté polémique propre à mettre en évidence tel ou tel point de vue à l'exclusion des autres.

Nous pensons au contraire qu'entendues comme elles doivent l'être, ces controverses ne sont pas de simples logomachies, mais, tout au contraire, touchent aux réalités morales les plus vivantes, exigent la logique formelle la plus stricte. La tâche

du théoricien du Droit consiste précisément, semble-t-il, à supprimer leurs prétextes aux critiques énoncées ci-dessus en posant les problèmes qu'il aborde dans toute leur profondeur et dans toute leur précision. Et c'est justement parce que les notions juridiques ultimes, en tant qu'abstraites, tendent facilement, pour une pensée paresseuse, à se perdre en chocs de formules qu'il convient à chaque instant de réagir, et, en écartant la paille des mots pour retrouver le grain des choses, de rattacher la notion verbale à une donnée solide qui la fonde. C'est encore parce que les mots offrent ici une matière malléable pour des constructions quelconque que l'on doit veiller constamment sur la marche de ses raisonnements, ne les admettre que nets et stricts... dut-on être accusé de fausse subtilité ! Plus l'objet que l'on étudie est d'allure facile, plus de motifs l'on a de se défier de sa pensée, de la guinder, de la vouloir et de la faire, elle, difficile.

Cette attitude générale une fois admise, quelle doit être dans l'ensemble la marche à suivre pour le théoricien du Droit ? Il convient d'abord de distinguer entre le point de vue du Droit tout fait qu'il n'y a plus qu'à expliquer ou qu'à appliquer et de la confection d'un Droit futur ou la justification d'un Droit tout fait, car justifier un Droit existant qu'est-ce au fond sinon donner les raisons pour

lesquelles il a été fait et par là même le refaire idéalement? Or c'est évidemment au deuxième point de vue, à celui de la confection de la loi qu'il importe en l'espèce de nous placer. Ainsi pose-t-on le mariage-contrat, tel qu'il est réellement organisé dans notre Code? On y retrouvera naturellement toutes les conditions de solennité, d'unicité, etc... que l'on croira déduire de la seule notion de contrat. Mais cette réglementation elle-même, il a bien fallu, pour l'établir, admettre certains principes et ce sont ces principes qu'il s'agit pour nous de déterminer en eux-mêmes.

Or, en réalité, les règles juridiques sont fondées sur des partis pris, des préjugés moraux qu'elles expriment et qu'ils expliquent (1). — Le Droit n'est que la traduction sur certains points — ceux où la société a cru devoir intervenir — des sentiments et de la morale de l'époque qui l'a fait. Et pour déterminer une règle de Droit ce que les législateurs considèrent au fond, ce n'est pas la pure et vide raison, mais leurs préférences morales, ce qu'ils voudraient voir se réaliser. Le véritable motif qui a fait rétablir en 1884 le divorce, ce n'est assurément pas une nécessité de logique formelle, mais l'influence de tout un amalgame de sentiments sociaux, tels que

1. Cf. *supra*, ch. I, pp. 5 et sqq.
Durand

le souci de la protection de la femme et surtout la volonté d'introduire dans l'institution conjugale plus de souplesse et de relativité. La première démarche du juriste théoricien consistera donc à rechercher la préoccupation morale qui fonde la notion de Droit qu'il étudie. S'agit-il de celle du mariage-contrat ? Une enquête de ce genre montrera que *sa consistance réelle se ramène essentiellement à une application au statut personnel de l'idée de la liberté organisée.*

Mais ces croyances morales, bases des règles du Droit, n'ont pas été adoptées au hasard, à l'aveuglette, mais sans doute elles-mêmes *pour des raisons.* La logique réapparaît dans la morale, comme étant elle-même une force de détermination morale (1). Les préférences morales d'un homme et surtout d'un peuple obéissent toujours dans une certaine mesure à la logique. Il est rare qu'une société qui veut ceci dans telle institution veuille précisément le contraire dans une autre ; car les considérations qui lui ont fait adopter une certaine attitude devant la première institution — qui ont été assez fortes pour la déterminer — se retrouvent sans doute, pesant sur les esprits, quand il s'agit de la seconde (2).

1. Cf. *supra*, ch. I, p. 19.

2. Cpr. Rauh, *L'Expérience morale*, notamment pp. 48 et sqq.

Mais cette logique morale est le plus souvent inconsciente, très complexe, et abdique çà et là, sur certains points, devant des aspirations immédiates non systématisées. — Ceci étant posé, le juriste devra en second lieu traduire clairement, en bonne logique explicite, la logique morale confuse des sociétés en déterminant les notions premières de Droit et en les développant par déductions et théories. Il faut seulement bien comprendre que les théories juridiques n'ont pas de mystérieuse réalité en elles-mêmes, que ce ne sont que des traductions claires de raisonnements moraux obscurs ; il faut encore avouer que la logique juridique et ses systématisations ne s'expliquent pas toujours par elles-mêmes, et ne se suffisent pas toujours à elles-mêmes mais que le Droit précisément parce qu'il puise pour toute règle ultime dans la conscience morale, se trouve naturellement amené à reproduire sous la forme d'un système mieux coordonné la logique morale contemporaine et ses vagues raisonnements. — Ces réserves faites, il est légitime et nécessaire que le juriste essaie de traduire, d'une manière nette et distincte, les multiples désirs dont il a à tenir compte. Il nous semble que précisément tout le rôle du juriste créateur est d'exprimer en un langage aussi cohérent, aussi logique, aussi satisfaisant pour l'esprit que possible, les tendances

morales qui se manifestent juridiquement de son temps.

En fait, dans cette tâche, le juriste trouvera d'autant plus de facilité que plus logique sera l'ensemble des croyances morales dont ses théories ne constituent qu'un reflet. Au contraire, plus il y aura dans la morale d'un peuple de sentiments bruts, non systématisés, plus les règles de Droit seront disparates et plus malaisée deviendra la Logique juridique. Mais, de toutes façons, le juriste a pour mission de tâcher de concilier dans ses théories, d'une part la clarté en enchaînant aussi nettement que possible les notions juridiques les unes aux autres — et l'exactitude d'autre part en modelant ses constructions aussi exactement que possible sur les sentiments moraux contemporains. Il semble qu'on ne saurait en Droit s'associer à l'indignation ou à l'ironie de certains écrivains, comme Alexandre Dumas fils (1), contre le Droit canon en tant qu'il dissimulait sous le nom de « nullités de mariage », par exemple pour cause de parenté, de véritables divorces. Si la conscience commune était alors contraire au divorce et si, en fait, celui-ci se trouvait nécessaire dans certains cas, en dehors même de la séparation de corps, le rôle des canonistes était précisément de

1. Dans « La question du Divorce ».

traduire en un système logique les besoins des consciences de leur époque. Et c'est ce qu'ils ont fait par l'extension à l'extrême de la théorie des nullités, qu'il convient seulement de considérer, non comme une vérité juridique valable en elle-même mais comme un symbole juridique à la fois cohérent et approprié à une certaine mentalité donnée.

Il résulte de ces considérations qu'il y a lieu d'appliquer aux problèmes théoriques de Droit une méthode à la fois souple et logique — la méthode même que l'expérience a fini par imposer dans toutes les sciences positives. Cette méthode exclut deux attitudes trop souvent adoptées en matière de Droit doctrinal : d'abord un certain empirisme qui consiste à traiter les problèmes juridiques à l'aide de simples artifices de rhétorique, comme l'on conduit une polémique ; en second lieu un dogmatisme intransigeant qui transforme les questions de Droit en problèmes de métaphysique, négligeant aisément les transitions entre les données premières de la pure raison et les réalités morales diverses et changeantes et qui par là même prétend apporter des solutions éternelles au nom de cette même raison. Notre méthode implique au contraire une précision rigoureuse, — scientifique — dans sa forme, mais une précision multiple et riche en combinaisons, correspondant par sa complexité à la complexité

dans le temps et l'espace de la matière dont il s'agit. C'est de cette méthode juridique positive dont nous avons essayé de donner une idée générale, soit en étudiant directement le problème du mariage-contrat, soit en examinant des dispositions juridiques qui s'y réfèrent.

VU :

Le Président de la Thèse,
PLANOL

VU :

Le Doyen,
F. LARNAUDE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur,
L. LIARD.

ERRATA

Page 26, ligne 15, *au lieu de* : eontrats, *lire* : contrats.

Page 26, ligne 16, *au lieu de* : le conclurait, *lire* : les conclurait.

Page 32, ligne 21, *au lieu de* : méthode ou, *lire* : méthode a été suivie ou.

Page 33, ligne 11, *au lieu de* : objet, *lire* : objets.

Page 39, ligne 4, *au lieu de* : lutttes, *lire* : lutte.

Page 45, ligne 3, *au lieu de* : telles, *lire* : telle.

Page 56, ligne 1, *au lieu de* : fectionnées, *lire* : fectionnée.

Page 57, ligne 12, *au lieu de* : assurés, *lire* : assurée.

Page 67, ligne 24, *au lieu de* : d'obligation, *lire* : d'obligations.

Page 71, ligne 5, *au lieu de* : fondamentale, *lire* : fondamentale.

Page 79, ligne 16, *au lieu de* : gation (5) d'après sa nature, *lire* : gation d'après sa nature (5).

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
CHAPITRE PREMIER. — Remarques sur la Question de la Nature contractuelle du Mariage	1
CHAPITRE II. — Remarques sur le Caractère Contractuel du Mariage.	20
CHAPITRE III. — Remarques sur les Limites de la Nature Contractuelle du Mariage	63
CHAPITRE IV. — Remarques sur la Théorie Contractuelle du Mariage en Droit Civil Français actuel . .	83
CONCLUSION	143

